

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

JUDr. Michal Vitek

**Objektivní arbitrabilita jako limit
transnárodního právního řádu**

Objective arbitrability as the limit of a transnational legal order

Disertační práce

Školitel autora disertační práce: Prof. JUDr. Květoslav Růžička, CSc.

Katedra obchodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 10.10.2017

Prohlašuji, že předloženou disertační práci jsem vypracoval samostatně a že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny. Dále prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

.....

JUDr. Michal Vítek

V Praze dne 10.10.2017

Děkuji panu prof. JUDr. Květoslavu Růžičkovi, CSc., školiteli mé disertační práce, za cenné připomínky, konzultace a účinnou pomoc při zpracování této práce, ale i za motivaci v dosavadním studiu oboru mezinárodního práva soukromého a práva mezinárodního obchodu.

ENGLISH ABSTRACT

Objective arbitrability as a limit of the transnational legal order

In general, the dissertation deals with a topic of interaction between the transnational and national law in the area of international trade. Specifically, it attempts to use the concept of objective arbitrability as a limit of the privately-created system of law referred to as *lex mercatoria* (alternatively „*new lex mercatoria*“).

The reason for the chosen methodology is to come up with the most objective criterion to demark the scope of the application of privately created norms. Despite the wide recognition of the NLM phenomenon among the scholars and even arbitrators, the parties of international trade contracts can not be certain whether (and to what extent) the choice of NLM will be limiting, especially in the face of later recognition and enforcement of their arbitral awards.

The findings of this dissertation flows from the analysis of transnational norms, decisions of both state courts and arbitration tribunals and the relevant sources of law-theory. Especially important is the description of the concept of *lex mercatoria* as such and the description of order public, both in national and international/european meaning as it represents the final limit of application of privately-created norms.

The conclusion of the dissertation is that the NLM can not be applied entirely independently from the conditions of the state law applicable in the place of possible enforcement, and thus it has to respect the basic conditions of objective arbitrability according to state law. Although the concept of NLM is able to survive on its own with reference to the idea of legal pluralism, the point of view of practical application is another matter and thus it can not rely solely on theoretical argumentation.

Tímto ve smyslu čl. 74 odst. 2 písm. d) Pravidel pro organizaci studia na Právnické fakultě Univerzity Karlovy účinných od 01.10.2017 prohlašuji, že tato disertační práce má **355.094 znaků** vlastního textu vč. poznámek pod čarou.

Keywords

Arbitrabilita (*Arbitrability*)

Nové Lex Mercatoria (*New Lex Mercatoria*)

Právní pluralismus (*Legal Pluralism*)

Rozhodčí řízení (*Arbitration*)

Transnárodní právo (*Transnational Law*)

Uznání a výkon (*Recognition and Enforcement*)

OBSAH PRÁCE

1. ÚVOD	
1.1. Zamyšlení, motivace	5
1.2. Cíle, struktura, metodika a prameny této práce	5
2. PRÁVO MEZINÁRODNÍHO OBCHODU V REALITĚ PRÁVNÍHO PLURALISMU	
2.1. Pojem právního pluralismu	10
2.2. Teorie právního pluralismu	11
2.3. Historická východiska právního pluralismu	15
2.4. Vrcholný projev právního pluralismu – transnacionalita	19
2.5. Závěr kapitoly	19
3. PRÁVO STÁTNÍ, MEZINÁRODNÍ A TRANSNÁRODNÍ – POJEM NEW LEX MERCATORIA	
3.1. Potřeba definice NLM	21
3.2. Varianty práva: právo státní, nestátní a jejich alternativy	22
3.2.1. Právo státní	22
3.2.2. Právo mezinárodní	23
3.2.3. Právo supranacionální	24
3.2.4. Právo nestátní	25
3.2.5. Neprávní prostředí	26
3.2.6. Transnárodní právo	28
3.2.6.1. Jazykový výklad pojmu transnárodního práva	30
3.2.6.2. Historický výklad pojmu transnárodního práva	30
3.2.6.3. Sociologický výklad pojmu transnárodního práva	30
3.2.6.4. Institucionální rámec transnárodního práva	31
3.2.7. Shrnutí pojmů transnárodního práva a NLM	32
3.3. Pohled právně – historický: vývoj myšlenky nestátního práva a <i>lex mercatoria</i>	

3.3.1. Středověké <i>lex mercatoria</i>	35
3.3.2. Historické prameny <i>lex mercatoria</i>	38
3.3.2.1. Little Red Book of Bristol	39
3.3.2.2. Consuetudo Vel Lex Mercatoria	40
3.3.2.3. Ostatní sbírky a pojednání	42
3.3.3. Shrnutí: poznatky historického vývoje <i>lex mercatoria</i>	43
3.4. Pohled právně – teoretický	45
3.4.1. Pojem a teorie NLM	45
3.4.2. Legitimita pojmu NLM	47
3.4.3. Definice NLM	48
3.4.4. Tvorba norem NLM a vliv neveřejnosti v rozhodčím řízení	51
3.4.4.1. Judikatura rozhodčích soudů a její specifická role pro tvorbu norem NLM	52
3.4.4.2. Teoretické přístupy k tématu normotvorby v oblasti NLM	54
3.5. Pohled hmotněprávní: obsah a součásti NLM	55
3.5.1. Základní principy NLM	56
3.5.2. Problematika vymezení psaných pramenů NLM	61
3.5.3. Hmotněprávní prameny NLM	63
3.5.3.1. Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT	64
3.5.3.2. PECL	67
3.5.3.3. Smluvní doložky INCOTERMS 2010	67
3.5.3.4. Smluvní podmínky FIDIC	68
3.5.3.5. Principy Trans-lex	70
3.5.3.6. Prostředky korporátní seberegulace	71
3.6. Shrnutí kapitoly	72
 4. NLM V MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ ARBITRÁŽI A POJEM ARBITRABILITY	
4.1. Pojem rozhodčího řízení v moderní teorii mezinárodní obchodní arbitráže, vymezení arbitráže komparací se soudním civilním řízením sporným	74
4.2. Základní druhy rozhodčího řízení	76

4.3. Mezinárodní rozhodčí řízení: pojem	78
4.4. Role rozhodčího řízení v NLM	79
4.4.1. Faktický a ekonomický význam mezinárodní obchodní arbitráže	79
4.4.2. Právní význam mezinárodní obchodní arbitráže pro oblast NLM	82
4.5. Mezinárodní obchodní arbitráž jako projev vůle smluvních stran	83
4.6. Vymezení procesních norem NLM	87
4.7. Arbitrabilita v kontextu NLM	88
4.7.1. Pojem subjektivní arbitrability	88
4.7.2. Pojem objektivní arbitrability	89
4.7.3. Podmínky objektivní arbitrability podle státního práva	90
4.7.4. Pojem majetkového sporu	93
4.7.5. Podmínka možnosti uzavření smíru	95
4.8. Problematické oblasti práva z hlediska arbitrability podle státního práva	97
4.8.1. Arbitrabilita sporů v oblasti soutěžního práva	98
4.8.2. Arbitrabilita sporů v oblasti insolvenčního řízení	99
4.8.3. Arbitrabilita v oblasti daňového práva	101
4.8.4. Arbitrabilita v oblasti ochrany investic	102
4.8.5. Arbitrabilita pracovněprávních sporů	102
4.8.6. Arbitrabilita směnečných sporů	104
4.8.7. Arbitrabilita spotřebitelských sporů	105
4.8.8. Nearbitrabilní spory	106
4.9. Shrnutí kapitoly	107
 5. APLIKACE NLM V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ A LIMIT VEŘEJNÉHO POŘÁDKU	 110
5.1. Základní varianty vztahu NLM a státního či mezinárodního práva	110
5.1.1. Vertikální pohled na vztah státního a transnárodního práva	110
5.1.2. Horizontální pohled na vztah státního a transnárodního práva	111
5.2. Současná volba NLM a státního práva	112
5.3. Střet státního a nestátního práva	112
5.4. Obecné otázky aplikace NLM v rozhodčím řízení	115
5.5. NLM jako hmotné právo v mezinárodní arbitráži	118

5.6. NLM jako procesní právo v mezinárodní arbitráži	121
5.7. Výslovná úprava otázek arbitrability podle norem NLM	123
5.8. NLM v rozhodování rozhodčích a státních soudů	125
5.9. Pojem veřejného pořádku a jeho uplatnění v mezinárodní obchodní Arbitráži	129
5.9.1. Pojem veřejného pořádku ve státním právu	130
5.9.2. Pojem evropského veřejného pořádku	134
5.9.3. Transnárodní a mezinárodní veřejný pořádek	136
5.10. Důsledky nedostatku arbitrability – shrnutí	139
 6. OTÁZKA UZNÁNÍ A VÝKONU ROZHODČÍHO NÁLEZU VYDANÉHO PODLE NOREM NLM – VÝZNAM PRO OTÁZKU ARBITRABILITY	
6.1. Nález podle norem NLM a jeho uznání a výkon	141
6.2. Konkrétní mechanismus vynucení norem NLM	144
6.2.1. Sankce faktické	145
6.2.2. Sankce právní - rozhodčí nález, jeho uznání a výkon	146
6.3. Uznání a výkon nálezu v režimu Newyorské úmluvy a právní charakter úmluvy ve vztahu k NLM	151
6.4. Úprava uznání a výkonu rozhodčích nálezů v režimu jiných pramenů mezinárodního práva a NLM	155
6.4.1. Uznání rozhodčího nálezu podle Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži	155
6.4.2. Uznání a výkon rozhodčího nálezu vydaného v režimu Úmluvy ICSID	156
6.4.3. Uznání a výkon rozhodčího nálezu podle Evropské úmluvy o obchodní arbitráži	157
6.5. Shrnutí kapitoly	157
 7. ZÁVĚR	
7.1. Shrnutí a zhodnocení hypotéz	158
7.2. Úvaha - NLM jako cesta k lepší vymahatelnosti práva a jeho další perspektivy	160

Seznam zkratek:

CISG	„Vídeňská“ Úmluva o mezinárodní koupi zboží (<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>)
LCIAR	Rozhodčí řád Mezinárodního rozhodčího soudu v Londýně (<i>London Court of International Arbitration Rules</i>)
PECL	Principy evropského smluvního práva (<i>Principles of European Contract Law</i>)
MLM	Středověké právo mezinárodního obchodu (<i>Medieval Lex Mercatoria</i>)
NLM	Nové <i>lex mercatoria</i> , tedy transnárodní právo mezinárodního obchodu (<i>New Lex Mercatoria</i>)
NOZ	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění (<i>Act. No. 89/2012 Coll., Civil Code, as amended</i>)
NYÚ	„Newyorská“ Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů ze dne 6. listopadu 1959 („ <i>New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards</i> “)
ICC	Mezinárodní obchodní komora v Paříži (<i>International Chamber of Commerce in Paris</i>)

SEU	Smlouva o Evropské Unii (<i>Treaty on European Union</i>)
Úmluva ICSID	Mezinárodní úmluva pro řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států (<i>International Convention on Settlement of Investment Disputes</i>)
Vzorový zákon UNCITRAL	Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži 2010 (<i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2010</i>)
Zásady UNIDROIT	Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i>)
ZMPS	Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, v platném znění (<i>Act No. 91/2012 Coll., on International Private Law, as amended</i>)
ZŘŘ	Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (<i>Act. No. 216/1994 Coll., the Arbitration Act</i>)

1. ÚVOD

1.1. Zamyšlení, motivace

Otázka nestátního práva je otázkou budoucí role práva jako takového. Právo vždy představovalo významný regulativní mechanismus spolupůsobící ve společnosti vedle mechanismů jiných, byť jeho význam napříč jednotlivými dějinnými etapami rostl i klesal. Právo však významně usměrňovalo mocenské nerovnosti a pomáhalo stabilizovat lidskou společnost napříč jejími nejrůznějšími vrstvami. Aktuálně se však nachází v komplikované realitě postmoderny, ve které se stírají formální rozdíly mezi jednotlivými regulatorními mechanismy a současně s tím se faktická moc a vliv na ostatní společenské procesy přesouvá do rukou nadnárodních korporací působících napříč mnoha jurisdikcemi.

Soudobé korporace jsou vysoce strukturované subjekty s mnohdy stovkami tisíc zaměstnanců¹ a velmi propracovanými interními procesy. Regulace, které se podřizují, pochází od typově různých původců – od států, mezinárodních organizací, jiných korporací prostřednictvím systému certifikací, ale i od společností samotných. *Compliance*, tedy zajištění souladu s relevantní regulativní (tedy i právní) úpravou, představuje pro korporace nemalé náklady a skutečnost, že se společnosti pohybují ve stavu permanentní nejistoty ohledně konkrétních podmínek, má samozřejmě negativní dopad do roviny transakčních nákladů, ale i pružnosti v rozhodování a možnosti implementace globálních řešení. Jedním z významných důvodů je lokální element v právní úpravě globálního obchodu, na který právní obec částečně reaguje unifikací či harmonizací právních norem.

V tomto kontextu se jeví v rovině elementární úvahy nelogické, že by právo mělo zůstat oblastí, která je omezena do značné míry ovládána obsolentními kritérii státního původu a uplatňování v mezích dosahu moci konkrétního státu. Nejedná se o otázku historicky nedotčenou – jednou z nejhlasitějších odpovědí současné právní vědy je koncept transnárodního práva, konkrétně pak *lex mercatoria* v oblasti obchodní.

¹ Největší počet zaměstnanců má dle dostupných údajů společnost Walmart s více než 2,3 miliony zaměstnanci podnikající v oblasti retailu. Z evropských společností se potom jedná o koncern Volkswagen s více než 600.000 tisíci zaměstnanci. Zdroj: www.wikipedia.org.

Téma je to teoreticky nepochybně zajímavé a těšící se značné pozornosti akademické sféry, ovšem z pohledu praktikujícího právníka je mám spjaté především s nemalou mírou nejistoty pramenící zejména z neznalosti konkrétních důsledků aplikace takové právní úpravy pro vzájemné vztahy smluvních stran. Ona nejistota vyplývá z neznalosti jasného limitu nestátní právní úpravy, zejména potom otázky, jaké bude mít volba nestátního práva pro určitý smluvní vztah praktické dopady. Zodpovězení této otázky považuji za hlavní předpoklad pro širší uplatňování *lex mercatoria* ve smluvních vztazích, a tedy i další rozvoj tématu.

1.2. Cíle, struktura, metodika a prameny této práce

Volba tématu této práce je výsledkem snahy redukovat otázku velice obecnou – tedy charakter vztahu státního a nestátního práva – do odpovědi na otázku velice konkrétní – tedy, kde se z hlediska praxe nachází konkrétní hranice těchto dvou oblastí úpravy.

Na výše uvedené si pokusím odpovědět v pěti kapitolách následujících po úvodu, které volně sledují položené otázky, ze kterých vyplývají uvedené hypotézy (ty jsou zhodnoceny v závěru práce):

Kapitola II: Jaká je situace mezinárodního obchodního práva na počátku 21. století? Dá se skutečně hovořit o stavu právního pluralismu? Hypotéza tedy zní: “Právní úprava mezinárodního obchodu se nachází v situaci právního pluralismu”.

Kapitola III: Pokud pluralitní situace v právu skutečně existuje, je jejím projevem etablování nového právního systému mezinárodního obchodního práva, tedy New Lex Mercatoria? Na čem můžeme postavit legitimitu takového „právního řádu“? Hypotéza tedy zní: “New Lex Mercatoria představuje vnitřně soudržný normativní systém schopný regulovat mezinárodní obchod”.

Kapitola IV: Pokud je smyslem právního řádu zejména spravedlivě uspořádat vztahy mezi účastníky, a to v konečné fázi vyřešením konfliktu mezi nimi, pak musí také NLM disponovat svými metodami řešení sporů. Základní metodou je přitom arbitráž, neboli rozhodčí řízení, protože NLM ze své podstaty nemůže spoléhat na státy garantovaný

system soudů tak, jako právní řády státní. Základním předpokladem pro podřízení určitého sporu rozhodčímu řízení je tzv. arbitrabilita. Jaký má tato arbitrabilita rozsah v intencích NLM? Čím se liší od arbitrability dle práva státního? Hypotéza tedy zní: “Mezinárodní rozhodčí soudy představují soudní soustavu *sui generis* právního systému New Lex Mercatoria.”

Kapitola V: Pokud zde paralelně existují dva systémy práva – státní a nestátní – a oba disponují svými metodami řešení sporů, může mezi nimi logicky docházet ke střetu. Jaké jsou důsledky aplikace NLM v rozhodčím řízení a v čem konkrétně nastává střet mezi státním a transnárodním právem? Hypotéza zde zní: “Možnosti řešení sporů podle norem NLM a státního práva se liší a mezi oběmi možnostmi dochází ke střetu, který se v obecné rovině projeví v otázce arbitrability.”

Kapitola VI: Rozhodčí nález je způsobilý působit mezi stranami zejména tehdy, pokud je vykonatelný. Pokud existuje v otázce arbitrability střet a pokud by některé takto vydané rozhodčí nálezy nebyly podle státního (resp. mezinárodního a evropského) práva arbitrabilní, jaký to bude mít dopad na jejich vymahatelnost? Má potom vůbec rozšiřování arbitrability nad rámec garantovaný státním právem smysl? Hypotéza tedy zní: “Rozhodčí nález vydaný v souladu s normami NLM je plně uznatelný a vykonatelný dle státního práva.”

Práce tak jde svou strukturou od obecných a právně-filosofických otázek až ke zcela konkrétním a praktickým aspektům používání práva. Pomáhá si historickými příklady stejně jako nálezy rozhodčích soudů, zejména pak rozhodčího tribunálu ICC. Jsem toho názoru, že právo není zcela exaktní disciplína, je spíše jakýmsi koncensem panujícím mezi osobami, které jej aplikují, či které, ať z vlastní vůle či z důvodu nutnosti, musí právu podřít řešení některých otázek souvisejících s jejich hlavní činností. Proto je povědomí o souvislostech stejně důležité jako detail daného případu a právní kvalifikace. Z historické zkušenosti je zřejmé, že největší omyly práva byly zapříčiněny právě absencí kontextu – společenského, historického, etického. Za vzor nesprávné aplikace práva je považováno zneužívání práva v nedávné realitě totalitních režimů, a to právě z důvodu ztráty kontextu či určitého „ukotvení“ práva v jiných společensky-

regulativních systémech. Právo nemůže být nikdy jen souborem norem, které se aplikují zcela „autonomně“, výhradně pohledem jakési vnitřní logiky. Takové právo by bylo formalistické až arogantní, nerespektující odlišné pohledy a jiné normativní systémy a ve svém důsledku nepřesvědčivé vůči subjektům, které stojí „mimo“ právní diskurz. Jeho aplikace by v konečném důsledku mohla vést k absurdním závěrům.

Nutnost zabývat se v této práci také obecnými a právně-filozofickými otázkami vyplývá z potřeby definice některých pojmů, které nemají v právním diskurzu pevný a všeobecně uznávaný význam. Střet právních systémů zde nastíněný je střetem relativně určitého - tedy podmínek práva státního - s relativně neurčitým - tedy podmínkami práva transnárodního.

Arbitrabilita, která je jakýmsi jednotícím „lajtmotivem“ této práce, je pojmem praktickým, s výrazným procesněprávním významem. Pro oblast transnárodního práva a rozhodčího řízení vidím její význam zejména ve dvou rovinách:

- a) v rovině teoretické, tedy vymezení hranice transnárodního a národního práva a
- b) v rovině praktické v odpovědi na otázku, zda je možné určitý spor rozhodnout v arbitráži či nikoliv.

Teoretický pohled je v kontextu tématu velice významný zejména tehdy, kdy si uvědomíme, že objektivní arbitrabilita řeší spor mezi kategoriemi smluvní autonomie a veřejného pořádku.² Pokud bychom se tedy ztotožnili s názorem, že celé lex mercatoria je odvozené od principu smluvní autonomie jako takového, pak by kategorie objektivní arbitrability představovala také jednoznačný limit lex mercatoria, tedy i transnárodního právního řádu.

Zodpovězení otázky limitu arbitrability dle NLM je rovněž jednou z významných možností deskripce tohoto právního řádu. Pokud by totiž nález rozhodčího soudu dle NLM nebyl fakticky vykonatelný, nebude NLM ničím jiným než teoretickou kategorií a

² BERGER, K. P., Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion, in: van den Berg (ed.) ICCA Congress ser no. 13, International Arbitration 2006: Back to basics?, str. 304.

přinejlepším soft-law. Na otázce arbitrability je tedy možné prokázat, zda NLM skutečně jako právo funguje či nikoliv. Zodpovězení této otázky je rovněž významným testem praktických dopadů teorie právního pluralismu. Střet smluvní autonomie a veřejného pořádku je vlastně střetem mezi užším zájmem individuálním a širším zájmem kolektivním.

Odpověď na výše položené otázky nám může pomoci objasnit, zda je *lex mercatoria* pro realitu mezinárodní obchodní arbitráže skutečně „fantomem“, anebo právem, se kterým bude v budoucnu třeba počítat a jehož volbu pro smluvní vztahy bude možné účastníkům mezinárodních obchodních vztahů možné doporučit³.

3 „Wie ein Geisterschiff treibt dieser Begriff durch die internationale handelsrechtliche Diskussion – sich in Nichts auflösend, wenn ihr genauer betrachten will.“ In: HERBER, R., „Lex mercatoria“ und „Principles“ – gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht*, 2012, vol. 3(1) str. 1-10.

2. PRÁVO MEZINÁRODNÍHO OBCHODU V REALITĚ PRÁVNÍHO PLURALISMU

2.1. Pojem právního pluralismu

Předpoklad existence situace právního pluralismu je jedním ze základních východisek této práce. Pluralismus se projevuje jak ve významu „stejnorodém“, tedy jako spoluexistence právních řádů jednotlivých států, tak ve významu „nestejnorodém“, jako paralelní spolupůsobení právních řádů tvořených typově odlišnými entitami. Důsledkem právního pluralismu v teorii práva je relativizace zavedených přístupů a představ o právu jako takovém. Samozřejmě není účelem práva společenské vztahy relativizovat, naopak, právo má dodávat svým recipientům jistotu v chování a rozhodnutích, na straně druhé je však nepřípustné, aby právo jako systém nereflektovalo společenskou realitu, která se dynamicky proměňuje.

Právní pluralismus máme tendenci spojovat s postmodernismem jako obecným nazíráním na charakter procesů v soudobé společnosti. Pokud bychom měli redukovat charakteristiky postmoderny do jednoslovných termínů, napadla by nás patrně slova jako „dynamika“, „proměnlivost“ či „fluidita“. Důvodem je přirozená tendence postmoderního myšlení k relativizaci zavedených hodnot a dosavadní uspořádanosti.⁴ Osobně chápu postmodernu jako teoretickou reakci na rostoucí složitost procesů ve společnosti, které již nejsou uchopitelné prostřednictvím jednoho fixního světového názoru či ideologie. V rovině praktických dopadů se tento stav může projevit jistou neuspořádaností a ztrátou vzájemné konformity jednotlivých společenských mechanismů včetně těch regulačních, jakými jsou právo a morálka.

Jedním z důsledků současného vývoje bude rostoucí počet střetů těchto paralelních systémů, který se s nejvyšší urgencí projeví v oblasti řešení sporů, tedy zejména v rovině právní.

4 VÍTEK, B., Pluralita v právu, právo v pluralitě, Dny práva 2009, Masarykova univerzita, 1.vyd., 2009

2.2. Teorie právního pluralismu

Právní pluralismus je nutno chápat jako jednu z nejvýraznějších tendencí v pojmání současného práva a je aktuálním tématem sociologického přístupu k právu od 70. let minulého století.⁵ Je odrazem komplikovanosti doby a relativizace společenských hodnot v právu. Jeho projevem je souběžná existence a spolupůsobení několika paralelních právních systémů a subsystémů: právních řádů tvořených veřejnoprávními entitami (samosprávami, orgány centrální státní moci), různými druhy regionálních právních subsystémů, mezinárodními organizacemi či soukromými subjekty, jak je tomu v oblasti transnárodního práva (typicky *lex mercatoria*). Nelze vynechat ani interakci s právem tvořeným různými náboženskými skupinami.⁶

Projevem této pluralitní reality je určitá nepřehlednost, mnohdy i stav konkurence jednotlivých právních řádů. V tom se však principálně neliší od reality tvořené výhradně státním právem, ve kterém dochází ke kolizi jednotlivých právních řádů v případech, kdy je přítomen mezinárodní prvek. Hranice národního státu je zde pouze nahrazena hranicí faktického dosahu jednotlivých právních řádů či aplikace v důsledku autonomní volby smluvních stran. Zajímavou otázkou však je, zda je právní pluralismus skutečně novým (či staronovým) stavem, ve kterém se nyní právo nalézá, nebo se jedná jen o nový přístup v jeho vnímání, tedy, že právo bylo pluralitní vždy a že se tak jedná, historickým pohledem, o „běžnou situaci“.⁷

Historický pohled pochopení tohoto vlivu napomáhá, protože představuje demonstraci současné teorie na událostech minulé reality. Berman jako příklad situace právního pluralismu vidí koloniální situaci, kdy byly na místní právní režimy „roubovány“ právní systémy koloniálních mocností, nebo v příkladu interakce mezi kanonickým a feudálním právem.⁸ Historickou paralelu si jako východisko pro výklad o právním pluralismu a jeho důsledcích vybírá i řada jiných autorů. Aviram uvádí, že právní a

5 SOBEK, T., Právní myšlení: kritika moralismu, Praha: Ústav státu a práva, 2011, str. 40.

6 TAMANAHA, B.Z., Understanding Legal Pluralism, Past to present, Local to global, Sydney Law Review, Vol. 29, 2007, [St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0080](#), str. 1, dostupné z: www.ssrn.com

7 TAMANAHA, B.Z., tamtéž, str. 2.

8 BERMAN, P., S., Global Legal Pluralism, Southern California Review, vol. 80, str. 1155, Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 08-001, str. 1158.

mocenský chaos středověku byl hlavní hybnou silou pro konstituci základních, ale všeobecně relativně respektovaných pravidel („*Pax Dei*“), které dodržovali feudálové s vědomím nutnosti alespoň minimální kooperace.⁹ Zastánci takového „hnutí“ napříč šlechtickými rody ve středověké Francii se angažovali ve vytvoření a vymáhání některých základních právních pravidel pro regulaci vzájemných konfliktů. Příkladem takto dodržovaných pravidel například bylo zdržení se bojových činností během období sklizně či v období náboženských slavností, či pravidlo, že vojsko nemá napadat neozbrojenou populaci. Dnes bychom řekli, že se jedná spíše o veřejnoprávní normy, tehdejším pohledem však šlo zejména o prosazování soukromých zájmů šlechty.

Aviram v těchto normách (přičemž je třeba dodat, že dnes už jen můžeme spekulovat o tom, zda byly skutečně dodržovány a vynucovány) vidí první případ soukromé tvorby právních norem¹⁰, tedy pojmu, který se objevuje v různých variantách, nejčastěji při tzv. transnárodní tvorbě norem.¹¹

Z pohledu tématu této práce je však podstatný zejména poznatek, že právní pluralismus popírá, že existuje apriorní vztah mezi státem a právem a že pojem práva nelze omezit jen na pojem práva státního.¹² Nejčastějším argumentem pro podporu tohoto závěru pak bývá proces probíhající eroze či rozměňňování státní moci „ve všech směrech“.¹³ S tím lze souhlasit jen částečně, protože z tendence právní úpravy (zejména v oblasti správního a regulatorního práva) je zřejmé, že státní ingerence do jednotlivých aktivit (úprava spotřebitelského práva, pracovního práva, vytváření regulatorního rámce ve službách, finančnictví, průmyslu) má jak z pohledu státního, ale zejména Evropského práva rostoucí tendenci.¹⁴ Za hlavní důvod jakéhosi „pocitu“ některých autorů o klesajícím významu státu nepovažuji hledisko absolutní (např. počet norem, rozsah

9 AVIRAM, A., A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems, Yale Law and Policy Review, vol. 22, Art. 2, 2004, str. 4 a násl.

10 Tzv. „private law ordering“

11 SCHAFFER, P., Ed., Transnational Legal Ordering and State Change, Cambridge University Press, 2013.

12 SOBEK, T., tamtéž, str. 41.

13 SOBEK, T., tamtéž.

14 Je to patrné už ze samotného nárustu počtu právních norem ve státním právu, přičemž aktuálně je v českém právním řádu platných přibližně dva miliony právních norem, včetně veškerých podzákonných předpisů a některých specifických aktů, například amnestijních rozhodnutí prezidenta republiky. Zdroj: <http://hlidacipes.org/neznalost-neomlouvava-ale-cesky-pravni-rad-aktualne-obsahuje-kolem-2-milionu-pravnich-norem/>

regulovaných činností apod.), ale hledisko relativní. Dynamika společnosti je jednoduše natolik intenzivní, že státní právo – byť má samo tendenci expanzivní – nestíhá následovat veškeré trendy ve všech oblastech a je otázkou, zda vůbec některé regulovat může (např. virtuální prostor, virtuální měny, specifické oblasti mezinárodního obchodu, regulatorika specifických oblastí v průmyslu apod.).

V určitém ohledu lze tedy říci, že projevem právního pluralismu je skutečně určitý návrat ke stavu, který již dříve existoval, a to proto, že státní právo, byť v „tradičních“ oblastech nadále expanduje, již nepokrývá celkovou společenskou realitu jako takovou. Neméně důležitým argumentem proti státní právní úpravě v oblasti mezinárodního obchodu je závislost na politických rozhodnutích legislativních orgánů v dané zemi. Mezinárodní korporace investují nemalé prostředky do oblasti „compliance“, tedy zajištění souladu svých procesů s lokálními státními právními úpravami. I v oblastech, ve kterých značně pokročila unifikace právních norem – typicky prostřednictvím nařízení v právu Evropské unie – neobejdou se nadnárodní společnosti bez asistence lokálních poskytovatelů právních služeb, aby minimalizovaly riziko nedůsledné aplikace právních norem.¹⁵

Stát se tak stává jedním z mnoha původců práva vedle subjektů jiných. Nabízí se zde připomenout tezi o „globální Bukovině“ prof. Teubnera, který ji učinil v odkazu na teorii globálního právního řádu zformulovanou prof. Eugenem Ehrlichem během jeho působení v poměrech, které bychom dnešním pohledem paradoxně vnímali jako velmi „lokální“, konkrétně ve městě Černovice na dnešní Ukrajině, tehdejší Rakousko-Uhersku. V Erlichově „globální Bukovině“ je tento globální právní řád vytvořen občanskou společností jako takovou, nikoliv výlučně silou státu. A jako hlavní důvod

¹⁵ Aktuálně velmi diskutovanou tématikou je v tomto směru například oblast ochrany osobních údajů, která se s přijetím tzv. „GDPR“, tedy Obecného nařízení o ochraně osobních údajů č. 2016/679. Ačkoliv je toto nařízení přímo aplikovatelné ve všech státech Evropské unie, ani jeho přijetím nedochází k úplnému nahrazení domácích právních úprav (v České republice zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů). Nadnárodní korporace volí při jeho implementaci do vlastních postupů kombinovaný přístup, kdy se částečně spoléhají na směrnice platné pro celou holdingovou skupinu, ale v mnoha otázkách musejí nadále využívat lokálních právních služeb v jednotlivých státech, zejména s ohledem na povinnosti vůči domácím správním orgánům vykonávajícím dohled v daném státě. To samozřejmě celý proces komplikuje a zvyšuje jeho náklady.

takového vývoje uvádí právě argument o faktické neschopnosti centrální moci reagovat na veškeré změny ve vývoji společnosti.¹⁶

Význam teorie právního pluralismu pro transnárodní právo shrnul Teubner do trojice základních argumentů¹⁷:

- a) Akceptace právního pluralismu je samotným základním předpokladem pro pochopení globálního práva.
- b) Tento vznikající globální právní řád by neměl být hodnocen optikou státních právních řádů. Vhodnější pro jeho pochopení je poměřovat jej s probíhajícími globálními socio-ekonomickými procesy. K tomu bych podotknul, že uvedené konkrétně chápu spíše tak, že globální právo může vnímat potřeby určité oblasti více citlivě a „zespodu“. Tedy např. reagovat na praxi mezinárodního obchodu či způsobu řízení korporací.
- c) Postupem času lze očekávat také politizaci globálního práva.

Teubner nakonec dochází k následujícímu výčtu odlišností globálního práva od práva státního¹⁸:

- a) Globální právo není územně omezeno.
- b) Globální právo nebude tvořeno primárně státy, ale autonomními procesy.
- c) Globální právo bude nicméně v těsnější vazbě k sociální struktuře, která jej tvoří. V blízké budoucnosti tak nelze očekávat takovou oddělenost od „tvůrců“ a „recipientů“ globálního práva jako je tomu v případě práva státního.
- d) Globální právo nebude tvořit podobně unitární systém jako právo státní, které bylo na ideji unitárního práva postavené.

Výše uvedené shrnutí teorie prof. Teubnera lze pochopit jako základ teorie transnárodního či globálního práva jako takového. Cítíme z něj větší akcent na „fakticitu“ nového, globálního práva a menší možnosti tvorbu takového práva

16 TEUBNER, G., *Global Bukowina: Legal Pluralismus in the World-Society*, Global Law Without a State, Brookfield: Dartmouth 1997.

17 TEUBNER, G., *tamtéž*.

18 TEUBNER, G., *tamtéž*.

autoritativně řídit; na straně druhé tušíme, že existence tohoto práva povede ke střetu s etablovaným právem státním.

2.2. Historická východiska právního pluralismu

Historickým pohledem lze samozřejmě relativizovat téměř jakékoliv pojetí společenské reality. Zůstává však otázkou, do jaké míry může být pro současné chápání práva přínosný poznatek o roztržitém právním řádu v realitě středověké Evropy, ve které bylo paralelně uplatňováno římské právo (prostřednictvím nejrozličnějších lokálních kodifikací místních feudálů), právní obyčej (většinou nepsaný), v otázce personální působnosti omezené *lex mercatoria* či významné právo církevní. Různé právní řády disponovaly různými mechanismy a orgány zajišťujícími vynucení těchto norem – soudy světskými, církevními, přímou autoritou feudálů na určitém území či soudy kupeckými. Shrnuto, středověký právní pluralismus se projevoval ve třech osách:

- a) koexistencí jednotlivých „univerzálních“, dnes bychom řekli transnárodních, právních systémů s různými geografickými dosahy (jako např. *ius commune*, *lex mercatoria* či církevního práva),
- b) koexistencí jednotlivých institucionalizovaných systémů práva místních autorit – nejčastěji feudálů či panovníků,
- c) právními normami, které byly napříč těmito systémy ve vzájemném konfliktu, tím bylo zejména obyčejové nepsané právo.¹⁹

Jednalo se tak o stav, kdy spolupůsobilo několik právních řádů bez zastřešující autority a bez jasné hierarchie ve společenské realitě, která ještě jasně neoddělovala to, co je „veřejným“ a co „soukromým“ statkem a zájmem, a ve které ještě neexistovala byrokracie v dnešním slova smyslu.

O dataci počátku podmínek pluralismu (byť spíše v morálním kontextu) do 16. stol. se pokouší Sobek a odkazuje na situaci, kdy křesťanství (prostřednictvím církve) již

¹⁹ TAMANAHA, B.Z., tamtéž, str. 5

nedokázalo poskytovat jednoznačné odpovědi.²⁰ To je možné analogizovat s dnešní společenskou situací, kdy stát je vnímán v mnoha ohledech za překonaný a nesledující vývoj společenské reality. Pro mezinárodní obchod je například otázka měnící se národní daňové, pracovněprávní či jiné oblasti legislativy zjevně negativním vlivem zvyšujícím transakční náklady. Jakkoliv můžeme se Sobkovým pohledem, a zejména nabízenou datací nesouhlasit, nelze jeho úvaze upřít význam v poznatku, že stav hodnotového pluralismu je zcela přirozený i ve společnostech relativně mnohem méně složitých než je ta dnešní.

Jsou však důvody pro tento druh „archaického“ právního pluralismu stejné jako je tomu nyní? Klíčové je zde uvědomění vzájemného vztahu práva a státu. Za zajímavou a historicky akurátnější považují pohled, že právní monismus v podobě jednoho platného právního řádu – státního práva – je výjimečný a odpovídá zejména realitě práva 19. a první poloviny 20. století.

Vztah státu a práva je komplexním tématem. Intuitivně jsme si zvykli vnímat právo jako funkci státu a prostředek realizace státní moci.²¹ Některé pohledy dokonce stát a právo ztotožňují – např. Právní normativismus, resp. ryzí nauka právní.²² Vztah práva a státu je však historicky velmi komplikovaný a rozhodně jej nelze redukovat na výše uvedené. Stát rozhodně nebyl vždy – a ne jinak je tomu nyní – funkcí státu a stát nebyl a není jeho výlučným původcem, a to dokonce i v dobách, kdy se stát jako výlučný původce práva jevil. Důvodem nezřídka bylo, že stát sám dovozoval legitimitu jím fakticky vytvořeného a uplatňovaného práva ze zcela jiných zdrojů, méně hmatatelných či méně napadnutelných – od představy Boha, od všem vrozeného a univerzálního rozumu či z duše a krve národa.

Dokonce i v totalitních režimech, které si spojujeme s vrcholnými a jednoznačnými projevy etatismu, se setkáváme s určitým teoretickým „přenesením“ původu a účelu práva mimo samotný stát. Zejména se to dá pozorovat v právu nacistického Německa, kde se setkáváme s téměř metafyzickými definicemi práva. Např. se tak hovoří o tom,

20 SOBEK, T., str. 47.

21 KNAPP, V., Teorie práva, 1. vyd., Praha, C.H.Beck 1995, str. 30.

22 BOGUSZAK, J., ČAPEK J., GERLOCH, A., Teorie práva, Praha: ASPI, II. Vyd., 2004, str. 211.

že „právo je v lidu žijící světový názor, právo německé jest právem zvykovým – *Recht, das mit uns geboren ist*.“²³ Hildebrandt pak uvádí, že právo je cosi, co žije v krvi a je „*funkcí duše lidu*“²⁴. Jinde se dočteme, že právo je prostě to, co „*prospívá německému národu*“²⁵. Nelze ani upřít význam pojmu prozřetelnosti (*Vorsehung*) pro oblast původu nacistického práva. Z uvedených „definic“ vnímám zejména ideologickou snahu vzdálit se racionálním základům, na kterých je položeno právo římské²⁶, ale také pragmatickou tendenci uniknout neměnnosti a nestrannosti práva směrem k neurčitému, až pocitovému pojetí, které by lépe sloužilo arbitrárním účelům nacistického hnutí, které – vzhledem k relativně krátké době svého trvání – mělo převážně revoluční charakter. Je však třeba uznat, že v době totalitních režimů byl stát, mnohdy reprezentovaný určitou vůdčí osobností, výlučným původcem práva.

Je třeba odmítnout názor, že by nacistické právo bylo produktem právního pozitivismu²⁷. Ten totiž národní socialismus sám odmítal jako teorii, která je „výsledkem duchovního odcizení, hodnotově prázdná, zbavená veškerého věčného obsahu.“²⁸ Nacistické právo bylo pohledem některých autorů dokonce „antipozitivistické“²⁹ a výrazně hodnotově orientované, ovšem jen ve vztahu k hodnotám vlastní etnické skupiny – německého národa (či dle některých koncepcí tzv. „árijské“ rasy, tedy zcela nekonkrétního a nijak empiricky podloženého pojmu). To se dobře zrcadlí v tezi nacistického státovědce Carla Derneddeho, který přiznával právní

23 KNAPP, V., Problém nacistické právní filosofie, Aleš Čeněk, Dobrá Voda, 2002, str. 46. Příznačně stejně hovoří J.W. Goethe ve Faustovi, když říká: *Es erben sich Gesetz und Rechte, wie eine ewige Krankheit fort; sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte und rücken sacht von Ort zu Ort. Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage: Weh dir, daß du ein Enkel bist! Vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist leider nie die Frage.*

24 KNAPP, V., tamtéž, str. 47.

25 KNAPP, V., tamtéž, str. 50.

26 Zde si zasluhuje podotknout, že ve dvaceti pěti bodovém programu NSDAP se v bodě 19 počítá zcela s nahrazením římského práva právem zvykovým germánským, a to proto, že římské právo garantuje „materialistický světový řád“: „*Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemein-Recht*“, viz.: Program NSDAP z 24.2.1920, dostupný z: <http://www.documentarchiv.de/wr/1920/nsdap-programm.html>

27 Naopak, spíše připomíná v mnohém iusnaturalistický směr, zejména vycházíme-li z Hartovy teze o tom, že „Teorie přirozeného práva je součástí širšího pojetí přírody, podle něhož pozorovatelný směr není pouze scénou takových zákonitostí a znalost přírody nespočívá v tom, že tyto zákonitosti známe. Podle tohoto staršího názoru každý člověk a každý jmenovitý druh existující živé či neživé věci nemá jen tendenci udržovat svou existenci, ale vyvíjí se směrem ke konečnému optimálnímu stavu, který je určitým dobrem – neboli příslušným cílem“. In: HART, H.L.A., Pojem práva, Prostor 2004, str. 188.

28 SOBEK, T., str. 328.

29 KAUFMAN, A., National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945 in: SOBEK, T., str. 330.

hodnoty jen členům určité *Gemeinschaft*.³⁰ Ostatní měli být vyloučeni. Nacistické právo je tedy rovněž antipluralistické a absolutně odmítající jiné hodnotové a právní řády.

Důvodem, proč by se měla právní teorie zabývat nacistickým právem je, že takové právo lze v současnosti použít jako určitou metodologickou pomůcku pro argumentaci *ad absurdum*, tedy, že právními prostředky lze ospravedlnit prakticky vše, pokud tyto prostředky nejsou postaveny na pevné vazbě k jiným společenským normativním systémům – morálce a etice, a to v pojetí konformnímu k dnešním převažujícím hodnotám. Významný je rovněž poznatek, že pokud se určitý právní řád zcela zásadním způsobem odpoutá od hodnot „okolních“ právních řádů, nelze spoléhat na jeho uznání ze strany těchto řádů, a to ani v partikulárních otázkách. To by se v extrémním případě samozřejmě týkalo také interakce státního a nestátního práva.

Jiným příkladem selhání státu jako původce práva je příklad práva komunistického či socialistického, pro který byl charakteristický akcent na roli totalitního státu (přímo ovládaného politickou mocí) a potlačení role práva jako hlavního regulativu společnosti, respektive takové uplatňování práva, které bylo konformní s aktuální politickou vůlí reprezentovanou komunistickou stranou.³¹

Zdánlivě samozřejmý vztah státu a práva jako základního původce a jeho funkce je ve skutečnosti komplikovaným a dynamickým fenoménem a historickým pohledem se může stát velmi relativním. Už samotná koncepce „*rule of law*“, dle které je stát (byť sám původce práva) právem vázán, tedy, že právo stojí „nad státem“, je široce uznávaným pohledem na vztah státu a práva v anglosaském právním okruhu.³²

Na uvedených případech vidíme, že stát sám o sobě není garantem spravedlivého právního řádu. Stát je vhodné vnímat jako jeden z množiny subjektů, které dovedou právo tvořit a garantovat a situace jeho výlučné moci spíše právní prostředí deformuje a historicky diskredituje. Historicky se potvrzuje, že právo musí existovat v situaci „dialogu“ s ostatními normativními hodnotovými systémy, aby bylo dlouhodobě

30 SOBEK, T., str. 331.

31 PAVLÍČEK, V., Ústavní právo a státověda: Obecná státověda, 1. díl, Linde Praha 2003, str. 24 a násl.

32 BOGUSZAK, J., ČAPEK J., GERLOCH, A., Teorie práva, Praha: ASPI, II. Vyd., 2004, str. 215 a násl.

legitimní³³. S touto tezí se ztotožňuji.

2.4. Vrcholný projev právního pluralismu – transnacionalita

Jak již bylo nastíněno, odborným diskursem se v souvislosti se současnou realitou často zmiňuje jev jakési eroze státní moci a její postupná privatizace. Takový proces potom přirozeně stírá rozdíly mezi soukromou a veřejnoprávní mocí a umožňuje tzv. transnacionalizaci jednotlivých normativních systémů, a s nimi také práva. Hovoří se dokonce o „novém konstitucionalizmu“ či „merkatokracii“ ve vztahu k regulaci mezinárodního prostředí, tedy stavu, ve kterém soukromá tvorba norem a jejich aplikace a vynucování formou mezinárodní obchodní arbitráže doplňuje tradiční státní či mezinárodní model.³⁴ Podobné úvahy nejsou snadno konfrontovatelné s praxí. Na straně jedné je nepochybné, že do jisté míry dochází k odpoutání od uniformity státního práva, na straně druhé neexistuje spolehlivý způsob, jak stanovit poměr situací, ve kterých se uplatní právo státní, a ve kterých jiný alternativní právní řád. Řada vědeckých studií setrvává ve striktně teoretické rovině a nenabízí konkrétní statistiku, ze které by bylo patrné, jaké procento uzavíraných smluv skutečně obsahuje volbu nestátního práva. Jediným empirickým argumentem tak zůstává fakt nárůstu případů řešených před mezinárodními soudy.³⁵ Důsledkem tohoto vývoje je postupné etablování tzv. transnárodního právního řádu, jehož je *lex mercatoria* součástí. O tom bude podrobně pojednáno v kapitole II.

2.5. Závěr kapitoly

Povědomí o právním pluralismu nám umožňuje zejména pochopit dynamiku vztahů v současnosti se rozvíjející oblasti právní úpravy mezinárodního obchodu. Je předpokladem pro přijetí pohledu, že stát a mezinárodní společenství v této oblasti coby

33 Vztahu morálky a práva se věnuje obsáhle například Hart, který uvádí, že mezi “právem a morálkou existuje bezpočet různých případných vztahů”, ale obsah práva a morálky se lišit může, a to zásadně. To potvrzují i v této práci uvedené poznatky o obsahu práva v totalitních systémech. Následně Hart cituje Dworkinovu tezi, která právo a morálku do jisté míry ztotožňuje, protože “zákonná práva je třeba chápat jako jisté druhy morálních práv”. In: HART, H.L.A., Pojem práva, Prostor 2004., str. 260.

34 CUTLER, A., Arbitration and New Constitutionalism, in: MATTLI, W., DIETZ, T., International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence, Oxford University Press, 2014, str. 140 a násl.

35 Viz v kapitole III této práce.

původce norem spolupůsobí, nikoliv však, že vykonává výlučnou pravomoc. Tím však, že netvoří veškeré relevantní normy, vzniká logicky stav určitého sporu, střet těchto právních těles, který není zcela nepodobný tomu, který vzniká mezi právními řády jednotlivých států.

Callies hovoří v teoretické rovině a v oblasti mezinárodního obchodu o vzniku tzv. transnárodních právních systémů, které vznikají spolupůsobením regulatorní role státní právní úpravy a koordinativní role soukromé normotvorby. Těm pak přisuzuje specifika jak z hlediska jejich teoreticko-právní struktury, tak z hlediska rozvolnění rozdílů mezi soukromým a veřejným právem.³⁶ Už v tom lze spatřovat zásadní rozdíl mezi klasickým pojetím práva, které by mělo být, pokud možno, unitární a jediné platné, a pojetím pluralitním, které tuto jednotu relativizuje. Historická zkušenost, stejně jako poznatek o společenské situaci, však výlučnost unitárního pojetí práva zásadně relativizují.

Pluralismus však nemusí být nutné vnímat jako „problém“; lze jej chápat jako příležitost pro právo přizpůsobit se měnící realitě a zdůvodnit si nadále svůj význam. Spoléhání pouze na úpravu státní povede perspektivně k rozšíření neprávniho prostředí do oblastí, na které nebude schopen stát pružně reagovat, případně to povede k pokusům jednotlivých subjektů takové úpravě unikat. Vše výše uvedené však nevyhnutelně vede ke střetu jednotlivých právních řádů a takový střet se vždy nejintenzivněji projeví v oblasti sporů. Vzhledem k významu rozhodčího řízení pro mezinárodní obchod lze říci, že nejvíce exponovanou oblastí, ve které bude tento střet probíhat, je oblast rozhodčího řízení a související otázky arbitrability jednotlivých sporů a uznání a výkonu rozhodčích nálezů.

36 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographies of Transnational and International Law, 2010, str. 109 a násl.

3. PRÁVO STÁTNÍ, MEZINÁRODNÍ A TRANSNÁRODNÍ – POJEM NEW LEX MERCATORIA

3.1. Potřeba definice NLM

Záměrem této práce je vymezení hranice mezi státním právem a NLM jako autonomním právním řádem. V širším kontextu je nejdříve nutné uvědomit si rozdíly mezi těmito dvěma systémy práva a uvést, čím je NLM jako svébytný právní řád specifické a zda je vůbec nějaká paralelní koexistence takových dvou právních řádů možná. Pokud chce tato práce dospět ke konkrétnímu závěru, musí vycházet i z konkrétních předpokladů. Klíčovým předpokladem je přitom vymezení pojmu NLM a uvedení jeho podstatných znaků, tedy deskripce tohoto pojmu pro jeho další aplikaci. Tato prvotní otázka se přitom stává pro mnohé i poslední – jednoduše z důvodu neuznání pojmu NLM jako autonomního právního řádu.

Právo v minulosti bylo vždy zkoumáno poměrem ke svému původu. Představovalo realizaci vůle určité vládnoucí skupiny či instituce, případně odraz panujícího diskurzu či světonázoru. Historicky pojmáno, právo bylo tvořeno polycentricky, různými entitami, z nichž ta panující měla mnohdy vůli nazývat se jedinou skutečně legitimní. Aktuálně ji představuje národní demokratický stát. Otázka původu práva však byla vždy spojena spíše s faktickým poměrem sil ve společnosti. Typickým příkladem je feudální právo tvořené a aplikované v počátcích feudální společnosti výhradně na principu síly bez konsensu svých recipientů. Také NLM je vhodné chápat prizmatem svého významu a původu. Smyslem této úvahy je naučit se vnímat právo nejen pohledem závaznosti formální, ale optikou jeho reálného dopadu do mezinárodních obchodních transakcí, ve kterých představuje jen jeden z mnoha instrumentů, který chování zúčastněných subjektů reguluje.

Základní výchozí otázkou této práce zůstává, jaké charakteristiky mělo právo státní, právo nestátní, jaký je rozdíl v jejich původu, teorii, a zda se může jednat o srovnatelně legitimní pojmy?

3.2. Varianty práva: právo státní, nestátní a jejich alternativy

Zjednodušeně se tak dá říci, že aktuálně existují následující základní varianty práva z hlediska jejich původu. Charakteristické přitom je, že poměr těchto právních řádů je navzájem různý – někdy se tyto právní řády ocitají v poměru konkurence, jindy se přímo doplňují, či na existenci jednoho je závislá existence druhého. Také v poměru NLM ke státnímu právu se rozlišují varianty koexistence.

3.2.1. Právo státní

Právo státní je vytvářeno a aplikováno národním státem, resp. jeho orgány. Jedná se o základní variantu právního řádu současnosti, jeho existence je předpokladem pro existenci mezinárodního a supranacionálního právního řádu, a aktuálně také předpokladem pro možnost vynucení norem ostatních právních řádů. Právo státní je strukturováno jako právo vertikální (zejména v jeho veřejnoprávní podobě), stát vykonává vrchnostenskou moc nad podřízenými subjekty.

Normy státního práva stanovují jednoznačně limity objektivní arbitrability, a to jak ve svých procesních normách³⁷, tak nepřímě normách mezinárodního soukromého práva, jak činí český zákonodárce v ZMPS, kde například v § 121 stanoví limity pro uznání a výkon cizího rozhodčího nálezů.

Z pohledu státního práva je pro téma mezinárodního obchodu příznačné, že k úpravě této oblasti nepřistupuje zásadně jinak než k úpravě vnitrostátních právních vztahů. Spory jsou rozhodovány stejnými soudy bez ohledu na výši jejich hodnoty, soudní jednání jsou ze zákona veřejná³⁸ a důvěrnost otázek související s obchodním tajemstvím účastníků, které mohou vyplývat například z provádění důkazního materiálu, může být v důsledku soudního řízení narušena. Z obecné zásady veřejnosti občanskoprávního řízení existují v české procesněprávní úpravě výjimky stanovené v § 116 odst. 2 a násl.

³⁷ Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů

³⁸ Viz. ust. § 116 odst. 1 OSŘ: „Jednání je veřejné.“

OSŘ, nicméně ty jsou konstruovány jako oprávnění soudu³⁹ a v době podání žalobního návrhu si žalobce nemůže být jistý tím, že soud dospěje k závěru o nutnosti vyloučení veřejnosti. Navíc je nutné naplnit některé z kritérií výslovně uvedených v ust. § 116 odst. 2 a účastníci tedy podléhají výkladu pojmu „obchodního tajemství“ podle domácí právní úpravy⁴⁰. Nelze tedy zaručit, že informace, které mají důvěrný obchodní charakter, byť nepředstavují přímo obchodní tajemství, neproniknou na veřejnost. Je třeba také poukázat na skutečnost, že soudci jsou v rámci svého nápadu konfrontováni s typově zcela odlišnými případy v rámci dané rozhodovací oblasti a při své rozhodovací činnosti spoléhají stále více na názory odborných posudků, na které fakticky přenášejí tíhu posouzení klíčových otázek sporu.

Nevhodnost státní právní úpravy pro regulaci otázek mezinárodního obchodu je tedy poměrně široce dovozována a je hlavním důvodem diskuze o nutnosti existence NLM.

3.2.2. Právo mezinárodní

Právo mezinárodní, přesněji mezinárodní právo veřejné je souborem právních norem, které zejména *„zajišťují mírovou existenci a plynulý rozvoj mezinárodního společenství“*.⁴¹ Vzhledem k tomu, že toto mezinárodní společenství je tvořeno jednotlivými státy, je existence státu a státního práva také předpokladem existence práva mezinárodního. Stát je v tomto případě vnímán jako stát suverénní, tedy takový, který „nepodléhá jistým typům kontroly a jeho suverenita je tou oblastí jednání, v níž se chová autonomně.“⁴²

Prvkem, ve kterém je mezinárodní právo bližší transnárodnímu než státnímu právu, je

39 Viz ust. § 116 odst. 2: „Veřejnost může být pro celé jednání nebo pro jeho část vyloučena, jen kdyby veřejné projednání ohrozilo tajnost utajovaných informací chráněných zvláštním zákonem, obchodní tajemství, důležitý zájem účastníků nebo mravnost.“

40 Zejména tak, jak je vymezeno ve smyslu ust. § 504 NOZ, tedy jako „konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se závodem a jejichž vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení.“ Komentovaná literatura k uvedenému ustanovení navíc dovozuje, že se jedná o výčet, který je nutné naplnit kumulativně, což vede k restriktivnímu uplatnění daného institutu. Viz. ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J., Občanský zákoník: Komentář, 1.vyd., Wolters Kluwer ČR, Praha, 2014, komentář k ust. § 504, dostupné z informačního systému ASPI.

41 MALENOVSKÝ, O., Mezinárodní právo veřejné, Doplněk Brno, 1993, str. 7

42 HART, H.L.A., Pojem práva, Prostor 2004, str. 220.

formální rovnost jeho subjektů a důsledky této rovnosti. Základním pramenem je mezinárodní smlouva postavená na konsensu suverénních národních států. Lze nalézt argumenty, které hovoří pro zařazení *lex mercatoria* do oblasti mezinárodního práva, zejména však s odkazem na nemožnost existence jiného práva než toho, které je garantováno veřejnoprávní autoritou.⁴³ Takový výklad považují za možný a historicky legitimní, a to zejména s ohledem na původ některých níže jmenovaných norem NLM (vzorové zákony UNCITRAL, u některých autorů také CISG), ale v aktuální debatě již překonaný. V podstatě popírá autonomní charakter transnárodního práva jako takového.

Mezinárodní právo zasahuje do oblasti mezinárodního obchodu především úpravou některých specifických oblastí, kterých se přímo týká zájem mezinárodního společenství, například obchodu se zbraněmi. Tyto okrajové oblasti nespadají do vymezení NLM; to se týká „standardních“ mezinárodních obchodních transakcí, které nepodléhají zvláštní restriktivní úpravě, resp. tomuto mezinárodnímu veřejnému pořádku.

3.2.3. Právo supranacionální

Supranacionální právo je evolucí mezinárodního právního řádu. Tímto termínem je často označováno právo Evropské unie, které se vyvinulo ze své podoby mezinárodního práva v právo zastřešené určitým subjektem vystupujícím v pozici autority. Podobně jako právo státní, také supranacionální právo je hierarchicky strukturované, s jednou jednotlicí autoritou – Evropskou unií, která vykonává částečnou svrchovanost nad ostatními subjekty (typicky, vztah Evropské unie a členských států projevující se v doktríně aplikační přednosti evropského práva před národními právními řády jednotlivých evropských států).⁴⁴

43 BOYSEN, R., in: BERGER, K.P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

44 Typicky reflekováno např. v rozsudcích SDEU *Van Gent en Loos* z 5.2.1963, či odvozeně i v mezích doktríny AETR. V prvním citovaném rozhodnutí dospěl soud k závěru, který nám již nyní připadá téměř samozřejmý, totiž, že „Společenství (dnes již Unie) vytváří nový právní řád mezinárodního práva, v jehož prospěch státy, byť jen v přesně vymezených oblastech, omezily svá suverénní práva a jehož subjekty nejsou jen členské státy, ale i jejich příslušníci.“ In: PAUKNEROVÁ, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, 2. vyd., Praha: C.H.Beck, 2013, str. 47. Zmíněná doktrína AETR představuje faktické omezení členských států v otázce závazků z mezinárodních smluv a stanoví, že „členské státy se nemohou navenek zavazovat takovým způsobem, který by byl neslučitelný s právem EU.“ In: PAUKNEROVÁ, M., tamtéž,

Pro oblast NLM má zejména význam pojem evropského veřejného pořádku, který vyplývá ze základních smluv Evropské unie (viz níže). Doktrína supranacionálního práva se do určité míry střetává s teorií suverenity státní moci. Je nutno říct, že suverenita není ani na jedné straně absolutní – příkladem může být volnost členských států v otázce možného vystoupení z Evropské unie dle čl. 50 SEU⁴⁵.

3.2.4. Právo nestátní

Zjednodušeně se dá říct, že se jedná o takový právní řád, který by byl tvořen entitami odlišnými od národních států. Historicky by se jednalo o legislativní činnost různých „privátních“ subjektů, cechů, komunit; v určitém pohledu zde lze zařadit také právo kanonické.

Aktuálně se jedná o právo tvořené korporacemi, akademickými iniciativami, částečně však také různými mezinárodními organizacemi, komisemi atp., přičemž patrně nejrozvinutější oblastí nestátního práva je *lex mercatoria*, aktuálně jeho novodobá podoba – NLM.

Pojmy nestátní a transnárodní právo se napříč literaturou často slučují, ale považují za vhodné je oddělovat. Nestátní právo totiž nemusí splňovat znak „transnárodnosti“. Tou je myšlena zejména skutečnost, že právo reguluje určité přeshraniční vztahy. Lze si ale představit právo, které je nestátní, ale svou působností výhradně lokální.

Přesnější je říct, že transnárodní právo je podmnožinou nestátního práva. Ani takové vymezení však není zcela přesné v závislosti na tom, zda pod pojem NLM zahrneme některé právní normy, které mají původ v mezinárodním právu či nikoliv (typicky CISG). Tomu odpovídá tzv. širší vymezení transnárodního práva, které připouští, že součástí transnárodního řádu jsou i normy mezinárodní či dokonce normy práva

str. 76.

45 Viz. čl. 50 SEU: „Každý členský stát se v souladu se svými ústavními předpisy může rozhodnout z Unie vystoupit.“

Evropské unie či jednotlivých národních států. Zařazení CISG mezi prameny NLM má oporu v názoru, že CISG obsahuje relevantní obchodní zvyklosti, což podporují některá rozhodnutí mezinárodních rozhodčích soudů.⁴⁶ Proti zařazení CISG mezi prameny NLM hovoří zejména její původ (jedná se o mezinárodní smlouvu – výsledek činnosti národních států), její statická, nedynamická povaha, ale také převážná inspirace státním právem v procesu jejího vzniku a formulace čl. 9 CISG, ze které vyplývá distinkce mezi pojmem obchodní zvyklosti a textem CISG.⁴⁷ Mezinárodní charakter CISG potvrzuje také rozhodovací praxe Rozhodčího soudu při HKČR⁴⁸. Aplikaci CISG však lze mezi stranami vyloučit, přičemž toto vyloučení nemusí být učiněno výslovně, postačí odkaz na jinou normu, kterou se má daný smluvní vztah řídit⁴⁹.

S ohledem na výše uvedené se kloním spíše k názoru, že CISG můžeme zařadit mezi prameny NLM jen tehdy, pokud se přikloníme k širšímu pojetí pramenů NLM.

Není sporu o tom, že by právo nemohlo být tvořeno nestátními subjekty a následně státem uznáno, ať již přímo (ve vztahu k určitému prameni, například jeho inkorporací do státního práva) či ve fázi výkonu (prostřednictvím uznání a výkonu rozhodnutí na tomto nestátním právu založeném).⁵⁰ Hůře je však představitelná realita, ve které by se právo jako takové od státního práva zcela oddělilo, a to i například v otázkách uznání a výkonu (o tom však níže).

3.2.5. Neprávní prostředí

Neprávní prostředí je spíše nutno vnímat jako teoretický koncept než jako existující realitu. Každá smlouva mezi jednotlivými osobami by v takovém případě konstituovala nový a samostatný právní řád, taková smlouva by tak byla „seberegulující“, byla by

46 DRLIČKOVÁ, K., Aplikace úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží před rozhodci, CPVP – Časopis pro právní vědu a praxi, 2013, č. 3, str. 327

47 DRLIČKOVÁ, K., tamtéž.

48 “V případě, že by strany výslovně sjednaly pouze použití českého hmotného práva, nebylo by pochybností o tom, že je zapotřebí použít primárně právě Vídeňskou úmluvu jako předpisu mezinárodního původu, který je součástí českého právního řádu a který má aplikační přednost před normami původu tuzemského.” Z rozh. Rsp 42/14, dostupné z: https://www.soud.cz/downloads/P_RozhodnePravo_RN_42_14.pdf

49 Rozhodnutí Rozhodčího soudu HKČR sp.zn. Rsp. 42/14, viz výše.

50 KNAPP, V., Teorie práva, 1. vydání, Praha, C.H.Beck, 1995

contrat sans loi. Proti variantě neprávního prostředí se zejména nabízí argument, že zde absentuje jakýkoliv systém, právní řád, který by vytvářel obecný rámec pro práva a povinnosti stran a bylo by tak velice snadné např. uniknout imperativním ustanovením státního práva.

Taková teorie odporuje rovněž znění některých právních norem transnárodního práva, což vyplývá např. již z čl. 1.4. Principů UNIDROIT, který stanoví, že dohodou nelze vyloučit aplikaci imperativních ustanovení státního, mezinárodního či supranacionálního práva.⁵¹ Odmítavě se k variantě neprávního prostředí staví jak soudobá česká právní nauka, která představu *self-regulating contracts* odmítá a dochází k závěru, že každá smlouva se musí opírat o určité rozhodné právo⁵², tak právní věda zahraniční, která dovozuje nutnost podpůrného působení státního či transnárodního práva⁵³. Nereálnost této koncepce je spatřována zejména v tom, že smlouva sama o sobě nemůže být téměř nikdy natolik obsáhlá, aby pojala úpravu veškerých otázek vztahu mezi stranami.

Skutečnost, že by se určitá smlouva nacházela zcela v právním „vakuu“ je natolik nepředstavitelná, že doktrína *contrat sans loi* je někdy interpretována tím způsobem, že vede k vyloučení aplikace jakéhokoliv státního práva či veřejné autority jako takové na určitý vztah mezi stranami.⁵⁴ Tím není nutně míněno transnárodní právo jako takové, ale obecně jakéhokoliv právo rozhodné pro takovou jednu smlouvu (tzv. *lex contractus*), které by bylo absolutním projevem principu smluvní autonomie. Domnívám se, že zásadním rozdílem mezi transnárodním právem a doktrínou *lex contractus* je právě skutečnost, že *lex contractus* se vztahuje vždy na jeden konkrétní případ. Není právní úpravou obecnou, a tedy ani právem. NLM, byť má nepochybně základ ve smluvní autonomii, je autonomním právním systémem, který je aplikovatelný na široké spektrum případů.

51 Čl. 1.4 Principů UNIDROIT: „Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.“

52 KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RUŽIČKA, K. et al., Mezinárodní právo soukromé, 8. vyd., Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, str. 215.

53 TWEEDDALE, A., TWEEDDALE K., Arbitration of Commercial Disputes, Oxford University Press, 2005, str. 190.

54 TWEEDDALE, A., TWEEDDALE K., Tamtéž, str. 188.

Doktrína neprávního prostředí by patrně neobstála ani při konfrontaci s některými základními mezinárodními principy práva. Ačkoliv i některé normy mezinárodního práva samotné umožňují jednotlivým subjektům v rámci jejich autonomie odklonit se od standardů, které jim zaručují – jako například v případě práva na soudní ochranu uvedeného v Evropské úmluvě pro lidská práva⁵⁵, nebylo by již možné se vzdát samotného práva na ochranu právní jako takového. Jak poukazuje Bělohávek: „takové právo by totiž implikovalo rezignaci na vlastní subjektivitu, což je v moderní společnosti nepřípustné. Jakékoliv hmotné právo totiž ztrácí na významu v okamžiku, kdy neexistují procesní prostředky jeho ochrany, tj. na ochranu cestou práva.“⁵⁶

Uvedený výklad nabízím proto, abych nastínil bezvýchodnost případné argumentace o NLM jako „neprávním“ prostředí, tedy vždy pouze *ad hoc* systému pravidel relevantních pro určitý konkrétní případ, bez obecné závaznosti (minimálně v rozsahu určité komunity). V takovém případě by teorie NLM patrně zcela ztratila legitimitu a další studium tohoto fenoménu by postrádalo smysl.

3.2.6. Transnárodní právo

Pojem transnárodního práva, jehož je NLM součástí, byl do právního diskursu zaveden přednáškou Philipa Jessupa „*Transnational Law*“ pronesenou v r. 1956. Zde nabídl velmi širokou definici transnárodního práva, když jej označil za „veškeré právo, které reguluje vztahy a události, které překračují národní hranice. Do této definice je přitom zahrnuto jak právo mezinárodní soukromé, tak mezinárodní veřejné právo, stejně pak jako jiné normy, které nepatří do těchto standardních kategorií“⁵⁷. Transnárodní právo, stejně jako jeho definice, je dynamickým fenoménem a dnešním pohledem bychom téměř řekli, že pojem transnárodního práva vnímáme právě jako to, které je tvořeno normami mimo mezinárodní právo soukromé a veřejné. Jessup byl motivován vizí „zdrojnice pravidel, ze které by bylo možno čerpat, a zároveň by nebylo nutné se

55 Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5 a 8, sjednaná v Římě dne 4. listopadu 1950, publikovaná jako sdělení č. 209/1992 Sb.

56 BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, komentář k § 1 ZRŘ.

57 JESSUP, P., Storrs Lectures, in: ALFATH, A., Term Paper, Transnational Law in Theory and Practice.

zabývat tím, zda se jedná o normy tvořené veřejnou autoritou či o normy soukromé“.⁵⁸ Tento pohled považují za velmi přínosný právě s ohledem na relativizaci významu původu práva a logicky tedy větší orientaci na skutečný význam či přínos právních norem pro regulovanou oblast, tedy odklon od „formálního“ k „faktickému“ pojetí práva.

Definice transnárodního práva však zjevně není snadno formulovatelná a právní teorie s jednotným a ustáleným pojem doposud nepřišla. To však samo o sobě nemůže být chápáno jako argument proti transnárodnímu právu jako takovému, když dosažení jednotící definice není snadné ani u mnohem zavedenějších právní pojmů včetně pojmu práva jako takového. Z nabízených lze za přijatelnou považovat definici transnárodního práva (v jeho obchodněprávní podobě), kterou nabízí Corte, tedy jako „spontánně vytvořené právo, zrozené z praxe mezinárodního obchodu, které má své vlastní prameny (v principu obchodní zvyklosti) a svůj vlastní způsob řešení sporů: rozhodčí řízení, které je oddělené od státních a mezinárodních soudů.“⁵⁹ Za podstatné na této definici považují zejména zdůraznění spontánního vzniku transnárodního práva a jeho odvozenost přímo z praxe. To koreluje s důvody vzniku NLM.

Vzhledem k absenci široce uznávané jednotné definice však aktuálně převažuje spíše intuitivní chápání pojmu transnárodního práva. Advokáti, rozhodci i členové akademické obce jej používají, aniž by aspirovali na jeho přesnou definici. Podle výzkumu provedeného ústavem CENTRAL Kolínské univerzity se s pojmem transnárodního práva setkalo během navrhování mezinárodních obchodních smluv více než třetina zúčastněných právníků; v kontextu mezinárodní arbitráže pak 42%.⁶⁰ Ze své praxe musím uvést, že jsem se nesetkal s výslovnou volbou transnárodního práva či *lex mercatoria* jako práva rozhodného pro smluvní vztah. V řadě případů však bylo odkazováno na „mezinárodní principy obchodního práva“, „pravidla slušnosti v

58 LEHMAN, D., Transnational Law by Philip C. Jessup, Review, Yale University Press, New Haven, 1956, Louisiana Law Review, Vol. 18, No. 1

59 CORTE, C. G., Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement, Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, str. 350.

60 BERGER, K.P., DUBBERSTEIN, H., LEHMANN, S., PETZOLD, V., The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration - Background, Procedure and Selected Results, dostupné z: www.trans-lex.org.

obchodním styku“ a jiné podobě formulované normativní celky, ze kterých lze aplikace pravidel transnárodního práva odvodit.

Pro konkretizaci pojmu transnárodního práva je však možné pokusit se o jeho výklad za pomoci zavedených interpretačních metod práva jako takového, tedy zejména se pokusit o jazykový, historický a sociologický výklad pojmu.

3.2.6.1. Jazykový výklad pojmu transnárodního práva

Výsledkem aplikace základní metody práva, tedy gramatické či jazykové metody, dospějeme k významu odvozenému od překladu předpony „*trans*“ jako slova znamenajícího „nad, přes, z toho vyplývající, skrz, pryč“.⁶¹ Takový výklad intuitivně směřuje k pochopení transnárodního práva jako práva „prostupujícího“ jednotlivými právními řády.

Jazykový výklad tedy nenabízí jednoznačný a uspokojivý závěr ohledně významu pojmu transnárodního práva, spíše je indicií pro další práci s tímto pojmem za účelem jeho přesného výkladu.

3.2.6.2. Historický výklad pojmu transnárodního práva

Zde odkazují na kapitolu č. III níže s tím, že v oblasti mezinárodního obchodního je nutno „transnacionalizaci“ chápat velmi relativně vzhledem k aktuální historické situaci. Důsledně vzato, není zcela žádoucí, abychom o transnárodním právu hovořili v historické realitě, ve které prozatím nedošlo ke zformování moderních národních celků. Poznatky z takové historické situace jsou na situaci aktuální aplikovatelné jen z části, a nejlépe v otázce legitimacy určitého právního řádu.

3.2.6.3. Sociologický výklad pojmu transnárodního práva

Pohledem sociologie práva je možné chápat transnárodní právo jako promítnutí procesu

⁶¹ IPSEN, N., Ch., Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, Duncker & Humboldt, Berlin 2009, str. 24.

transnacionalizace do práva. Transnacionalizace jako taková je projevem globalismu a Mendenhall ji chápe jako „kolaps nacionalismu jako diskurzivního konstruktů a rekonfigurace skupinové identity a politiky ve vztahu k lokální kultuře a ke komunitám“.⁶² Jinými slovy, pokud se realita kolem nás stává méně „nacionální“ a kulturní vzorce, ve kterých se pohybujeme, jsou stále více globální (vč. hodnot, které reprezentují), pak také právo jako významný normativní společenský systém, by mělo být nenárodní či globální. Historická zkušenost a sociologická perspektiva tuto jednoduchou paralelu potvrzuje.

Vede nás to k úvaze o právu jako produktu určitých koexistujících společenských entit (komunity, korporace, profesní sdružení, náboženské organizace) spíše než jako produktu státu jako takového.

3.2.6.4. Institucionální rámec transnárodního práva

Alternativním pohledem, který může přispět k pochopení pojmu transnárodního práva je pohled institucionální, tedy pokus o deskripci pojmu za pomoci institucionálního rámce, který jej garantuje. Základní premisou zde je, že transnárodní právní řád musí být ukotven v institucionálním rámci, aby jej bylo možné považovat za fungující a ustálený právní systém. V tomto směru ale brzy narazíme na limity transnárodního práva, a to v pokusu o odpovědi na otázku, kdo vlastně toto právo garantuje.

Atypičnost transnárodního práva spočívá zejména v pluralitě a decentralizovanosti jeho původců. Je spontánně tvořeno a uplatňováno zejména u soukromých, rozhodčích soudů. Vyžaduje tedy nekonvenční pojetí pojmu „instituce“, charakteristické například pro směr New Institutional Economics (NIE)⁶³. Tento směr vnímá instituce spíše jako jednotlivé kontrolní struktury, ať již tvořené veřejnou či faktickou soukromou autoritou. Instituce jsou tímto pohledem „lidmi vytvořené soubory omezení, které strukturují politické, ekonomické a sociální interakce; sestávají se jak z omezení neformálního

62 MENDENHALL, A.P., *Transnational Law: An Essay in Definition with a Polemic Addendum*, 2011, Libertarian Alliance & Allen Mendenhall.

63 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographies of Transnational and International Law, 2010, str. 15 a násl.

charakteru (sankce, zákazy, obyčeje, tradice, kodexy chování), tak z omezení formálního charakteru (práva)⁶⁴ Takový pohled může vést k emancipaci jednotlivých zdrojů regulace a je zřejmé, že se nejedná o pohled čistě právní.

3.2.7. Shrnutí pojmů transnárodního práva a NLM

Z výše uvedených závěrů interpretace je zřejmé následující:

- a) transnárodní právo je právem, či v užším pojetí souborem pravidel, odlišným svými teoretickými základy, obsahem a původem od práva státního;
- b) transnárodní právo není jasně garantováno určitými entitami, jeho aplikace a vynucení spočívá převážně na subjektech tohoto práva jako takových;
- c) transnárodní právo je praktickým projevem aplikace teorie právního pluralismu.

Co se týče dopadů do oblasti mezinárodní obchodní arbitráže, je transnacionalizace považována za projev konstitucionalizace mezinárodního rozhodčího řízení. Pokud bychom přijali takovou tezi, půjde samozřejmě o zásadní zlom ve způsobu chápání rozhodčího řízení. To by mělo širší základ, než jakým je dohoda stran. Nebylo by již jen výlučně procesem *inter partes*, ale byla by posílena jeho rovina *erga omnes*. Je otázkou, zda takové vnímání není nutnou podmínkou pro to, aby byly mezinárodní rozhodčí soudy nazvány soudní soustavou pro NLM. Na straně druhé zde paradoxně hrozí, že z alternativní metody (ve smyslu odlišení od tradičního způsobu rozhodování sporů před státními soudy) se stane jen jakýsi derivát tradičního řešení sporů před soudy.

Jaké však existují důkazy o tom, že k procesu konstitucionalizace dochází? Renner poukazuje zejména na skutečnost, že mezinárodní rozhodci ve vyšší míře aplikují normy související s veřejným pořádkem v jednotlivých státech a vytvářejí tak jakousi hierarchii norem aplikovaných v arbitráži, ne nepodobnou hierarchii ve státních právních řádech.⁶⁵ Dochází tak k jistému pnutí mezi principem smluvní autonomie, na

64 "Institutions are humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions and codes of conduct), and formal rules (laws, property rights)." In: NORTH, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, str. 97 a násl.

65 RENNER, M., *Private Justice, Public Policy: The Constitutionalization of International Commercial*

základě kterého si mohou strany sporu sjednat jakékoliv vhodné právo pro rozhodnutí tohoto sporu a „kompromisním“ zájmem o co nejvyšší možný soulad mezi právem jurisdikce, ve které má být nález uznán a vykonán a právem, dle kterého má být nález vydán. To je opatrně reflektováno v obecné klauzuli čl. 41 pravidel rozhodčího soudu při ICC, které stanoví, že ve věcech, které nejsou výslovně upraveny těmito pravidly má rozhodčí soud jednat v duchu těchto pravidel a učinit veškerá opatření pro to, aby byl nález vymahatelný podle práva.⁶⁶ Konkrétně je možné si pod takovými kroky například představit, že rozhodčí soud zohlední předpisy budoucího místa výkonu rozhodčího nálezu ve formulaci výroku rozhodčího nálezu.⁶⁷

Již od 80. let minulého století, minimálně však od publikace přelomového článku Pierre Lalive v r. 1986⁶⁸, se navíc objevují teorie o tzv. transnárodním veřejném pořádku. Tento pojem je možné nalézt také v rozhodování některých rozhodčích soudů. Rozhodčí soud ICC například v rozhodnutí č. 6248 z roku 1990⁶⁹ uvedl, že aplikoval normy rozhodného práva až tehdy, kdy bylo zřejmé, že tyto nejsou v rozporu s transnárodním veřejným pořádkem. Rozhodným právem bylo v posuzovaném případě stranami zvoleno právo švýcarské, tedy státní, ani jedna ze stran sporu nicméně neměla své sídlo ve Švýcarsku, proto soud považoval za nutné, aby vyhodnotil soulad švýcarského práva ve vybraných otázkách s mezinárodním veřejným pořádkem. Při tom konstatoval, že: „mezinárodní zájmy a zájem na normálním fungování mezinárodního obchodu se zdají být v souladu a ospravedlňují závěr, že zde v principu existuje skutečný mezinárodní či transnacionální veřejný pořádek, který postihuje korupci a dohody vedoucí k úplatkářství“.⁷⁰ Soud dále odkázal na dřívější rozhodnutí, konkrétně č. 2730 a 3916, se

Arbitration, in: MATTLI, W., DIETZ, T., International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence, Oxford University Press, 2014, str. 117 a násl.

66 „In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law.“, dostupné z: www.iccwbo.org

67 BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, str. 108

68 LALIVE, P., Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Revue de l'arbitrage, no. 3, 1986.

69 Rozhodnutí je dostupné z: https://www.trans-lex.org/206248/_/final-award-in-icc-case-no-6248-of-1990-yc-a-xix-at-124-et-seq/

70 Tamtéž, bod 27: „International interests and the general interest in a normal functioning of international trade appear to coincide and to justify the conclusion that there does exist a principle of truly international or transnational public policy which sanctions corruption and "bribery-contracts..."

kterými měl tento závěr korespondovat. V rozhodnutí rozhodčího soudu ICC č. 5030 z roku 1992, ve kterém bylo jako rozhodné právo pro posuzovaný smluvní vztah učeno rozhodčím soudem *lex mercatoria*, pak soud dovodil existenci obecného principu ochrany slabší smluvní strany v mezinárodních smlouvách.⁷¹

Výše uvedené nás vede k úvaze, zda výsledkem tendence ke konstituci samostatného právního řádu transnárodního obchodu a jeho autonomního způsobu řešení sporů nedochází paradoxně k ovlivnění oblasti mezinárodní obchodní arbitráže prameny státního práva, například přijetím obsahově jednotného pojmu veřejného pořádku.

Základní otázka, na kterou má tato práce odpovědět je, zda existuje jasná hranice mezi státní a nestátní právní úpravou v otázce arbitrability obchodněprávních sporů. Pro odpověď na tuto otázku je nejdříve nutno jasně vymezit oblast nestátního práva mezinárodního obchodu – *lex mercatoria*. Popisem tohoto fenoménu jsem se podrobně zabýval již v rigorózní práci „Nové *lex mercatoria*“ ze dne 25.12.2015 obhájené na Právnické fakultě Karlovy Univerzity. V této práci tak již chci zmínit jen nejpodstatnější body této problematiky pro vymezení tématu a další práce s ním tak, aby se pro účely aktuální diskuse jednalo o dostatečně určitý pojem.

Pro pochopení *lex mercatoria* jako celku se nabízejí následující perspektivy, které v souhrnu jimi získaných poznatků nabízejí poměrně konkrétní představu o obsahu a struktuře tohoto fenoménu:

- a) **Pohled právně – historický**, který nabízí první důležitý argument pro legitimizaci *lex mercatoria*, a sice kontinuitu tohoto pojmu, kterou lze sledovat minimálně do doby evropského středověku.
- b) **Pohled právně – teoretický**, který vysvětluje pojem *lex mercatoria* jako pojem dostatečně distinktivní od pojmu státního práva. *Lex mercatoria* má své jednoznačné teoretické odlišnosti od práva státního, a to zejména v oblasti tvorby svých norem a způsobu jejich uplatňování a vymáhání, ale zejména ve svém

71 RENNER, M., tamtéž, str. 132.

teoretickém základu a nezařaditelnosti do určité právní kultury.

- c) **Pohled obsahový či hmotněprávní**, který nám objasňuje pojem *lex mercatoria* z hlediska jeho aktuálního normativního obsahu a demonstruje jak značnou podobnost se státním právem (zejména v oblasti hmotněprávních principů), tak některé odlišnosti, které představují prvek diskontinuity.
- d) **Pohled aplikační či procesněprávní**, který poukazuje na specifickou metodu uplatňování norem NLM, svědčí o výlučnosti arbitráže jako prostředku řešení sporů ze vztahů, ve kterém si strany zvolí nestátní prostředky právní úpravy jako právo rozhodné. Poukazuje také na odlišný charakter sankcí nestátního práva, z nichž některé představují sankce neprávního charakteru.

3.3. Pohled právně – historický: vývoj myšlenky nestátního práva a *lex mercatoria*

3.3.1. Středověké *lex mercatoria*

Lex mercatoria není rozhodně novou myšlenkou. Jedná se o pojem, kterému se právní věda věnuje dlouhodobě, resp. se k němu vždy v určitých „vlnách“ vrací. Schmitthoff tvrdí, že vývoj práva mezinárodního obchodu proběhlo cyklicky, ve třech fázích (s přihlédnutím zejména k anglickým reáliím): ve středověku ve formě *law merchant*, následně pak bylo toto *law merchant* inkorporováno do národních právních řádů a v současnosti dochází opět k vydělení tohoto státního práva upravujícího mezinárodní obchod do autonomní podoby.⁷² Hatzimihail vychází ze Schmitthoffova pojetí a vnímá současný stav jako syntézu přístupu středověkého (dovozujícího legitimitu *lex mercatoria* od pojmu komunity obchodníků, jakési „gildy“ v širším slova smyslu) a přístupu ovlivněného existencí národního státu.⁷³

Pojem samotný ve svých jednotlivých variantách (*ius mercatorum*, *usus mercatorum*,

72 SCHMITTHOFF, C., The Unification of the Law of International Trade, 1968, in: HATZIMIHAİL, N., The Many Lives – and Faces – of Lex Mercatoria, str. 177.

73 HATZIMIHAİL, N., tamtéž, str. 179.

lex mercatoria) je prokazatelně možné do středověku dosledovat.⁷⁴ Při každém takovém návratu a pokusu o analýzu vyvolává tento pojem jak souhlasné, tak řadu nesouhlasných reakcí, rozhodně se tedy nejedná o fenomén, o jehož validitě by panovala široká odborná shoda. Názory na existenci historického *lex mercatoria* oscilují od představy o uceleném středověkém systému jednotné právní úpravy až po názory, že žádné MLM nikdy neexistovalo⁷⁵. Velmi komplexní kritiku středověkého *lex mercatoria* nabízí např. Emily Kadens.⁷⁶ Dochází zejména k závěru, že obchodněprávní obyčejové právo, které je jako středověké *lex mercatoria* označováno, sice existovalo, ale mělo primárně lokální charakter, tedy bylo vlastně opakem toho, na co aspiruje NLM nyní.⁷⁷ Přiznává však, že některé instituty práva skutečně byly organicky rozšířeny do jednotlivých částí Evropy. Mělo se to týkat zejména smluv, prostřednictvím kterých docházelo k realizaci námořního pojištění či směnek. První zmíněná praxe souvisela s italským monopolem na poskytování pojišťovnictví, který trval až do 16. století, kdy začal být nahrazován praxí anglickou a antverpskou.⁷⁸ Určité zdání univerzality těchto pravidel a smluvních vzorů je patrně důsledkem římskoprávního dědictví, které italská města nejdůsledněji zachovávala. Nabízí se tedy argument, že je zde zbytečné zavádět pojem *lex mercatoria*, když se zřejmě jedná jen o evoluci římského práva.

V souvislosti s římským právem se také často objevuje myšlenka, že vůbec první formou *lex mercatoria* představovalo *ius gentium*, tedy ta oblast římského práva, která upravovala vztah mezi zahraničními osobami a římskými občany. Tento názor zastával také Berhold Goldmann, který tvrdil, že *ius gentium* není přímo původcem určitých principů, ale přejala tyto principy ze zvyklostí mezinárodního obchodu.⁷⁹ Podle mého názoru je to pohled legitimní a zajímavý, ale jedná se už o příliš široké vnímání pojmu *lex mercatoria*, a to s ohledem na dvě skutečnosti. Za prvé, *ius gentium* bylo právo jedné konkrétní společenské formace – římského státu. Nejednalo se o právo nestátní či tvořené soukromými a veřejnými subjekty zároveň, ale o odvětví římského práva.

74 KADENS, E., str. 1170.

75 CALLIES, G., P., *Lex Mercatoria*, ZenTra Working paper in transnational legal studies, 52/2015, dostupné z: www.ssrn.com

76 KADENS, E., *The Myth of the Customary Law Merchant*, Texas Law Review, díl 90., 2012, dostupné z: www.ssrn.com.

77 KADENS, E., str. 1158

78 KADENS, E., str. 1162

79 HATZMIHAIL, N., tamtéž, str. 185.

Druhou skupinou důvodů proti zařazení pojmu *ius gentium* pod pojem *lex mercatoria* je, toto právo bylo aplikováno praetorem, tedy „orgánem“ veřejné moci římského státu. Nelze však popřít, že už v rámci *ius gentium* byly formulovány určité právní principy, které se pro oblast soukromého práva ukázaly být univerzální.⁸⁰

Pro pochopení historické kontinuity fenomenu *lex mercatoria* je z teoretického pohledu pragmatické začít v evropském středověku, protože jeho realita je příznivá v demonstraci důvodů pro vznik *lex mercatoria*. V pramenech středověkého práva se pojem *lex mercatoria* se objevuje poprvé v pokusu sjednotit partikulární právní úpravu mezinárodního (resp. mezioblastního)⁸¹ obchodu. Skutečnost, že pojem *lex mercatoria* je zmíněn v řadě středověkých pramenů a je akademicky i prakticky živý i dnes si lze vysvětlit tak, že:

- a) po *lex mercatoria* existuje dlouhodobá „poptávka“ ze strany subjektů, které takové právo vytvářejí, kodifikují a následně aplikují – tedy mezinárodního obchodního společenství (dnes nadnárodních korporací) - a
- b) jedná se o pojem, který je jako takový užíván dlouhodobě a jehož význam je relativně ustálený. Je tak pojmem vhodným pro další akademickou i praktickou práci.

Středověké *lex mercatoria* – MLM (*medieval lex mercatoria*) je někdy definováno jako „komplexní systém polycentrického obyčejového práva, které se rozvinulo vedle univerzálních obyčejových pravidel“.⁸² Je tak zřejmá autonomní povaha takového práva. Nebylo (minimálně ne přímo) garantováno žádnou veřejnou autoritou v dnešním slova smyslu, ale jeho aplikace závisela na vynucení ze strany komunity obchodníků – jejich vlastní iniciativy. Bylo svým charakterem „samosprávné“, byť se vyskytovaly i případy, kdy došlo k aplikaci těchto pravidel autoritou veřejnou, např. církevními soudy či místní šlechtou.⁸³

80 HATZIMIHAİL, N., tamtéž.

81 Termín „mezinárodní“ je zjednodušením a není přesný, a to z důvodu absence národních států ve středověké Evropě.

82 ZUMBANSEN, P., CALLIES, G.-P., *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Edward Elgar, Cheltenham 2011, citace z: BENSON, B., *The Law Merchant's story: how romantic is it?*, str. 68.

83 To lze vnímat jako jeden z původních případů, kdy došlo k ovlivnění právní úpravy vytvářené a

Univerzalitu bychom ve středověkém *lex mercatoria* hledali obtížněji, než je tomu v případě *lex mercatoria* moderního. Zejména se projevuje ve dvojím:

- a) snahou podřídít právní úpravu praktickým potřebám mezinárodního (dříve zejména námořního) obchodu a
- b) snahou čerpat z některých „univerzálních“ antických (tedy zejména římských a řeckých) právních pramenů⁸⁴. To je však tendencí většiny středověkých právních pramenů a souvisí to s obecnou tendencí návratu k římské tradici v širokém spektru mocenských aktivit.

3.3.2. Historické prameny *lex mercatoria*

Přehled historických pramenů *lex mercatoria* má význam uvádět jak pro účely legitimizace fenoménu *lex mercatoria* jako takového, tak z důvodu poznání jeho původu a charakteru. Prameny mají nejčastěji charakter různých soukromých sbírek, pojednání a rozhodnutí středověkých autorit v případech s „mezinárodním“ prvkem. Jedná se tedy převážně o sbírky obyčejového práva. Dodnes existuje tendence vnímat *lex mercatoria* jako obyčejové právo. To však považuji za přílišné zjednodušení.

Kadens označuje za původ středověkého univerzálního obchodního práva právě obyčej, a dále pak smluvní vzory.⁸⁵ Bartolus ze Sassoferrata uváděl, že právní obyčej vzniká opakovaným jednáním, k němuž dala většina veřejnosti tichý souhlas. Tím se stal obyčej závazným.⁸⁶ Pokud toto pojetí konfrontujeme s moderní definicí obyčeje, tedy pravidla, které „vzniká spontánně, na základě dlouhodobé tradice a obecné akceptace

aplikované veřejnou mocí ze strany soukromého právního řádu. Dnes může být příkladem zahrnutí některých principů práva mezinárodního obchodu do platné úpravy – například principu předsmuvní odpovědnosti či převzetí nebezpečí změny okolností.

84Inspirací byl např. *Lex Rhodia de iactu*, upravující otázky nákladní námořní přepravy, konkrétně stanovící podmínky odpovědnosti za škodu způsobenou vhozením nákladu do moře, a to z různých důvodů. Tyto normy byly inkorporovány do římského práva (stejně formulované normy se objevují již např. v *Digestech*). Ve středověku začal být aplikován také na jiné případy, než jen na případy námořní nákladní přepravy. Podrobně v: ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civil Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, str. 406 a násl.

85KADENS, E., *The Myth of the Customary Law Merchant*, *Texas Law Review*, díl 90., 2012, dostupné z: www.ssrn.com

86BARTOLUS, *In primam digesti veteris partem commentaria*, 19, citace z: KADENS, E., tamtéž.

veřejností a státem (resp. společenstvím států), které se netvoří cílevědomě“⁸⁷, pak je zřejmé, že tento pojem byl svým obsahem ustálen již v právu středověkém.

Už Bartolus šel ale v otázce výkladu pojmu obyčeje dále a identifikoval tři významy slova „obyčej“/“*custom*“: za prvé, může se jednat o určitý úkon či praxi, kterou činí individuální osoba opakovaně, za druhé, může se jednat o určitou praxi, kterou ostatní osoby následují (*usus seu mos*) a za třetí, jedná se o právo, které vychází z určité praxe, která je sledována většinou osob v rámci dané komunity poté, kdy konkludentně takovou praxi uznali za závaznou.⁸⁸

Spor může nastat zejména v otázce, kdy se jedná jen o určitou praxi a odkdy se již dá hovořit o obyčeji, tedy pramenu práva, a to zejména s ohledem na splnění podmínky akceptace veřejností či státem (v tomto případě pak zejména komunitou obchodníků). Pomyslnou hranici bude patrně tvořit fakt závaznosti dané normy – zjednodušeně se dá říci, že obyčej je normou závaznou, která může být vynucena, určitá praxe závazná není. To, zda určitá norma je či není závaznou, se pak definitivně projeví až při rozhodování o právech a povinnostech stran sporu, resp. při výkonu rozhodnutí.

3.3.2.1. Little Red Book of Bristol

Tzv. červené knihy představovaly ve středověké Anglii soukromý soupis důležitých dokumentů a pravidel v oblasti obchodu. Byly vedeny cechy a „korporacemi“ v každém z větších anglických tržišť, např. v Londýně, Bathu, Derby, Gloucesteru či Nottinghamu.⁸⁹ Ta bristolská, která je mezi zastánci teorie středověkého *lex mercatoria* zvláště oblíbená a citovaná, obsahuje na svých 206 stranách zápisy z období od r. 1344 do r. 1547, a to ve francouzštině, latině i angličtině. První zápis pořídil, či nechal pořádit, William de Colford, který měl v úmyslu nechat sepsat všechna platná nařízení a právní stanoviska, aby tak v zájmu obyvatel Bristolu vymezil, které normy jsou platné a závazné od těch, které jsou pouhou domněnkou.⁹⁰

⁸⁷GERLOCH, A., Teorie práva, 3. vyd., Aleš Čeněk, Plzeň, 2004, str. 80.

⁸⁸BARTOLUS, In primam digesti veteris partem commentaria, 19, citace z: KADENS, E., str. 1164.

⁸⁹BICKLEY, F., B., The Little Red Book of Bristol, vol. 1, Henry Sotheran & Co., Londýn, 1900, str. vii.

⁹⁰BICKLEY, F., B., tamtéž, str. ix.

Obsah bristolské knihy je velmi různorodý. Zahrnuje normy vydané panovníkem (knihy obsahuje několik královských výnosů, kterým se potvrzovala držení půdy pro různé adresáty, nebo kterým byl Bristolu udělen status hrabství), dále pak nařízení lokálního sněmu týkající se širokého spektra oblastí od záležitostí hygienických po daňové. Následují nařízení vydané cechem obchodníků (*Gilda Mercatoria*), tedy obecné organizace, která se patrně začala později štěpit do jednotlivých specializovaných obchodních cechů. S jistou nadsázkou lze říci, že se jedná pramen středověkého *lex mercatoria*, který má velice postmoderní a právně pluralitní charakter. Pojem *lex mercatoria* je vyložen v latinsky psané části textu.⁹¹

3.3.2.2. Consuetudo Vel Lex Mercatoria

Autorem spisu *Consuetudo Vel Lex Mercatoria* je anglický obchodník Gerard Malynes, který jako jeden z prvních systematicky pracoval s pojmem *lex mercatoria* jako pojmem označujícím hmotněprávní pravidla regulující otázku dálkového obchodu.⁹² Spis byl vydán v r. 1622 a zabývá se m.j. normami regulujícími otázku směny peněžních prostředků, normami směnečnými, otázkami zastoupení, bankovníctví, insolvence a procedurálními otázkami týkající se jednání obchodních a rozhodčích soudů. Spis je považován za jeden z prvních detailních komentářů obchodní arbitráže vůbec. Malynes *lex mercatoria* prezentuje jako přímý produkt racionálního pohledu na otázky obchodu a dovozuje existenci univerzálních pravidel až do starého Řecka a biblických dob. Doslova uvádí, že „je zřejmé, že právo mezinárodního obchodu je stejně staré jako jakékoliv jiné lidské právo a starší než jakékoliv právo psané.“⁹³ Dnes by se řeklo, že se jedná o přímo přirozenoprávní názor.

Arbitráž je zde vysvětlena jako metoda řešení sporu, kdy si obě strany pro rozhodnutí

91 Hovoří se zde jak o pojmu *lex mercatoria* jako takového, tak o jeho odlišnostech od obecného práva. Text Little Red Book of Bristol je dostupný na: <https://archive.org/stream/littleredbookbr02enggoog#page/n115/mode/1up>

92 KADENS, E., tamtéž, str. 1172.

93 MAZZACANO, P., The Lex Mercatoria as Autonomous Law, CLPE Research Paper 29/2008, vol. 04, no. 06, 2008, dostupné z: www.ssrn.com, str. 8

zvolí „počestnou osobu“⁹⁴, která jejich spor rozhodne podle „ekvity a svědomí, za zohlednění obchodních zvyklostí“⁹⁵. Zejména je ve spise kladen důraz na nezávislost rozhodce a na způsob ustavení rozhodčího senátu a výběr jednotlivých rozhodců (vč. způsobu losování mezi navrženými osobami), což je téma poměrně aktuální a někteří autoři jej vnímají jako jednu z cest k zajištění jednotného standardu rozhodování v mezinárodní obchodní arbitráži⁹⁶. Malynes se zabývá rovněž otázkami výslovně neprávními, například vztahem obchodu k přirozenému charakteru člověka a opírá se o odkazy na díla, která bychom dnes označili za nevědecká.

Spis se rovněž výslovně věnuje otázce výkonu vydaného nálezu. Takový nález má být vykonatelný ze zákona. Jsou však také zmíněny a popsány situace, za kterých je možné prohlásit nález za neúčinný mezi stranami. K tomu může dojít např. tehdy, pokud se tohoto nálezu obě strany písemně vzdají, pokud strany vzájemně vykonají plnění, které jejich vztahy narovná. V hrubých obrysech tyto instituty odpovídají dnešnímu institutu narovnání.

Zajímavý, i když z dnešního pohledu rozhodně diskutabilní, je také Malynesův odkaz na definici rozdílu mezi soudci (*Judges of Law*) a rozhodci (*Arbitrators*) provedenou Marcem Tuliem Cicero. Zatímco soudce je dle něj podřízený, vázaný právem a vychází zejména z právního hodnocení věci, tak rozhodce je při svém rozhodování skutečně nezávislý, není přímo vázán právem a vychází zejména z faktického hodnocení věci.⁹⁷ Zároveň však upozorňuje na to, že rozhodce není nadán pravomocí „úředníka“ (ve smyslu soudce *Magistrate`s court*).

94 „honest man“

95 Konkrétně Malynes uvádí: „The second Mean or rather ordinarie course to end the questions and controversies arising between Merchants, is by way of Arbitrement, when both parties do make choice of honest men to end their causes, which is voluntary and in their own power, and therefore called Arbitrium, or Free will, whence the name Arbitrator is derived: and these men (by some called good men) give their judgments by Awards, according to equity and conscience, observing the Custome of Merchants, and ought to be void of all partiality more or less to the one and to the other; having only care that right may take place according to the truth, and that the difference may be ended with brevity and expedition: Insomuch that he may not be called an Arbitrator, who to please his friend maketh delays, and propagateth their differences, but he is rather a disturber and an enemy to justice and truth; wherefore the manner to elect Arbitrators is worthy the observation.“ Dostupné z: www.trans-lex.org

96 Například WALKER, J., Arbitrability: Are there Limits?, LCIA Symposium, 2004, Montreal, The Promise of International Commercial Arbitration, Working Paper, dostupné z: www.ssrn.com, str. 8 a násl.

97 „That the one is servile, the other is noble; the one is bound to the Law, the other is not; the one doth consist in Fact, the other in Justice.“ Dostupné na: www.trans-lex.org

V obecných principech tak lze uzavřít, že rozhodce byl Malynesem vnímán jako někdo, kdo nejen že nemusí striktně dodržovat zásady tehdejšího anglického práva, ale kdo dokonce rozhoduje na základě zcela jiných pravidel – ekvity a obchodních zvyklostí. Pro samotný pojem *lex mercatoria* a jeho ustálení přispěl Malynes dnes často citovanou definicí, že toto právo je „obyčejové právo uznané autoritou všech států a společenství, avšak není právem založeným na suverenitě určitého panovníka“.⁹⁸ Tento závěr zjevně koncepčně přesahuje dobovou realitu novověké Anglie a fakticky poukazuje na právo nestátní či transnárodní.

3.3.2.3. Ostatní sbírky a pojednání

Mezi další prameny MLM patří například *Roles d'Oleron*, neboli sbírka právních pravidel upravující námořní přepravu, konkrétně pak obchod s vínem, který probíhal mezi městy ve Francii a Severní Evropou. Datace tohoto pramene není přesně známa, pravděpodobně se však jedná o druhou polovinu dvanáctého, resp. počátek třináctého století. *Roles d'Oleron* se považují za první sbírku námořního práva vůbec a obsahově odkazují na starší římskoprávní prameny. Se svými třiceti osmi články se jedná o poměrně kazuistickou, ale zároveň vnitřně soudržnou úpravu námořního práva, která výslovně (např. v čl. 35) odkazuje na úpravu Římského práva (tím je myšleno právě *Lex Rhodia de iactu*).⁹⁹ To by mohlo představovat jeden z argumentů pro původ *lex mercatoria* do oblasti římského práva.

V případě spisu ze 14. století „*La Pratica della Mercatura*“ od florentského bankéře jménem Francesco Balducci Pegolotti se jedná o volnější pojednání o obchodu jako takovém. Právní (či snad rovnou regulatorní) rovinu můžeme spatřovat snad pouze v poměrně podrobném popisu standardizace vah a měr.¹⁰⁰ Jedná se tedy opět o pramen na

98 „I have entitled the book according to the ancient name of Lex Mercatoria, and not just Jus Mercatorum, because it is a customary law approved by the authorities of all kingdoms and commonweales, and not a law established by the sovereignty of any prince.“ Dostupné na: www.trans-lex.org

99 SHEPARD, J., *The Roles d'Oleron – A Lex Mercatoria of the Sea?*, z: PIERGIOVANNI, V., *Lex Mercatoria to commercial law*, 2005, str. 207 a násl.

100 EVANS, A., *La Pratica della Mercatura*, Medieval Academy Books, č. 24, 1936, dostupné z: www.medievalacademy.org

pomezí právní a obchodně-technické úpravy.

3.3.3. Shrnutí: poznatky historického vývoje *lex mercatoria*

Myšlenka *ius mercatorum* či *lex mercatoria* historicky procházela nelineárním a nekoordinovaným, velmi spontánním vývojem. Vedle rozdílnosti jednotlivých právních úprav vedla k potřebě detailnější úpravy smluv mezi podnikateli také prostá skutečnost, že odpovídající právní úprava chyběla. Prameny středověkého *lex mercatoria* časem zahrnovaly komplexní úpravu vztahů mezi smluvními stranami a právní úpravu veřejných autorit fakticky nahrazovaly.¹⁰¹ Dnes lze tuto praxi pozorovat např. v případě sjednávání obchodních smluv podle amerického práva, jejichž obvykle velice extenzivní rozsah lze považovat za důsledek nejednotné úpravy amerického obchodního práva a nutnosti nahrazovat chybějící ustanovení zákona právě textem smlouvy. Paralelně s takovým vývojem probíhaly nezávisle na sobě snahy o „kodifikaci“ takového práva, nejčastěji formou soukromých sbírek. Takovou tendenci lze v pozměněné podobě pozorovat také dnes.

Berman považuje existenci středověkého *lex mercatoria* za prokázanou. Shrnuje, že se jednalo o právní řád, jehož normy měly personální působnost (cílily na obchodníky), přičemž tento řád byl odlišný od práva lokálního, feudálního, královského a církevního. Za jeho zvláštní charakteristiky pak považuje, že se jednalo o „transnárodní“ řád, jehož hlavní principy tvořily obchodní zvyklosti, jeho „administraci“ prováděli profesionální soudci vybíraní z řad obchodníků samotných. Procesní rovina byla rychlá a neformální a v rozhodování se akcentovala ekvita a princip spravedlnosti jako převažující princip.¹⁰²

S ohledem na charakter a vzájemný vztah výše uvedených pramenů se však spíše kloním k názoru, že středověké *lex mercatoria*, jako relativně jednotný právní řád

101CORTE, C. G., *Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement*, Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, str. 352 a násl.

102BERMAN, H., *The Law of International Commercial Transaction*, 1988, *International Legal Review*, in: MAZZACANO, P., *The Lex Mercatoria as Autonomous Law*, CLPE Research Paper 29/2008, vol. 04, no. 06, 2008, dostupné z: www.ssrn.com

regulující „přeshraniční“ obchod, neexistoval.¹⁰³ V dynamické realitě středověké Evropy je skutečnost existence takového souboru pravidel prakticky nemyslitelná a etablování takového systému by vyžadovalo výrazně vyšší úroveň komunikačních prostředků a stabilnějšího politického či „korporátního“ prostředí, tedy do jisté míry situaci globalizace. O něčem však obsah výše uvedených pramenů přece jen svědčí. Je jím poptávka po jednotném souboru pravidel, které by přeshraniční obchodní aktivity regulovaly. Z toho lze vyvodit také spojitost s aktuálním *lex mercatoria*, tedy NLM. Je jím:

- a) záměr disponovat co nejvíce univerzálním systémem pravidel pro určitou skupinu subjektů,
- b) záměr vytvářet normy decentralizovaně, či polycentricky, tedy tak, aby bylo možné pružně reagovat na realitu mezinárodního obchodu a aby bylo možné co nejvíce uniknout, dnešní terminologií, z regulatorního rámce státních legislativních orgánů. Středověkým pramenům *lex mercatoria* je nutné přiznat jejich orientaci na úpravu obchodních vztahů bez ohledu na příslušnost zainteresovaných subjektů k určitému státu (resp. k vrchnostenské moci). Normy středověkého *lex mercatoria* jsou podobné současným normám NLM právě svým decentralizovaným původem a mnohdy „sbírkovým“ charakterem. V těchto aspektech lze spatřovat určitou tradici v kontextu NLM.¹⁰⁴

Proti tvrzení o existenci jednotného středověkého *lex mercatoria* lze nalézt řadu argumentů. Jednotlivé prameny si neodpovídají, rozhodovací praxe na různých sudištích byla odlišná. Podstatná je nicméně skutečnost, že lze zdokumentovat vůli takový systém vytvořit, a to již od počátku mezinárodního obchodu jako takového. Nelze ani vyloučit, že *lex mercatoria* skutečně jako svébytný systém práva ve středověké Evropě fungovalo, ovšem spíše na lokálním principu. O tom svědčí také jeho částečná inkorporace do anglického *Common Law*, což vyplývá například z pozdějšího rozhodnutí anglické sněmovny lordů jako nejvyššího soudu ve věci *Pillans vs. Mierop*, ve kterém bylo zdůrazněno, že otázky *lex mercatoria* jsou otázkami práva, které musí

103např. DONAHUE, Ch., Medieval and Early Modern Lex Mercatoria, Attempt at the Probatio Diabolica, Chicago Journal of International Law, vol. 5, no. 1, 2004, str. 27, dostupné z: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=cjil>, str.

104BERGER, K.P., The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

být rozhodnuty soudem, nejedná se tedy o předmět dokazování účastníků řízení.¹⁰⁵ Přesto však uvedené středověké *lex mercatoria* představuje spíše určitý pojem a teoretický koncept než dobové ustálené právo. Historická perspektiva nám ale významným způsobem pomáhá v utvoření si „intuitivního“ významu pojmu *lex mercatoria* a propůjčuje mu vyšší legitimitu, než kdyby se jednalo o pojem výlučně novodobý.

Obsah středověkého *lex mercatoria* však zůstal zachován v normách novověku, a to po jejich integraci do legislativních děl na národní úrovni, zejména v průběhu 18. a 19. století, kdy státní soudy ve stále větší míře přejímaly pravomoc také v rozhodování sporů z mezinárodního obchodu. Ve Velké Británii měl tento vývoj podobu zejména reflexe principů *lex mercatoria* do *Common law*; v kontinentální Evropě se projevil zejména v oblasti kodifikace.¹⁰⁶ „Genová výbava“ *lex mercatoria* tedy zůstala zachována v odkazu státního práva jako svědectví o univerzálním charakteru právní úpravy mezinárodního obchodu.

3.4. Pohled právně – teoretický

3.4.1. Pojem a teorie NLM

Prvními zastánci teorie moderního *lex mercatoria* byli patrně Berthold Goldman a Clive Maximillian Schmitthoff. První jmenovaný působil jak akademicky, tak prakticky jako rozhodce. Jeho motivy tedy nebyly čistě teoretické. Schmitthoff byl teoretik, působil téměř výlučně akademicky. Jejich pojetí *lex mercatoria* se různí a nejlépe to lze dokumentovat na okruhu pramenů, které každý z autorů pod pojem *lex mercatoria* řadí. Schmitthoff v zásadě uznává jako pramen *lex mercatoria* dvě následující oblasti pramenů: mezinárodní smlouvy a vzorové zákony a obchodní zvyklosti. Goldmanovo pojetí je širší a zahrnuje celkem sedm pramenů *lex mercatoria*: obecné principy mezinárodního smluvního práva, obchodní zvyklosti, mezinárodní smlouvy a vzorové zákony, univerzálně platné právní normy, standardizované smluvní vzory, kodexy

¹⁰⁵MAZZACANO, P., tamtéž, str. 11.

¹⁰⁶CALLIES, G., P., *Lex Mercatoria*, ZenTra Working paper in transnational legal studies, 52/2015, dostupné z: www.ssrn.com

neprávních pravidel (pravidel chování) a rozhodčí nálezy.¹⁰⁷ Zásadní rozdíl mezi uvedeným spatřuji zejména v zahrnutí rozhodčích nálezů mezi prameny NLM. Můžeme za tím sledovat zejména praktické motivy; výklad jakýchkoliv právních pravidel je bez dostupné judikatury výrazně složitější.

Obchodní zvyklosti, které mají dle Goldmana tvořit jednu z hlavních složek NLM, jsou nepochybně významným prvkem v mezinárodních obchodněprávních vztazích, ovšem jejich uplatnění není možné bez limitu. Jak uvedl Rozhodčí soud při HKČR, je „použití obchodních zvyklostí v zásadě možno považovat za součást hmotněprávního statusu tam, kde je taková zvyklost zjistitelná a její použití neodporuje jiným pravidlům, které by bylo nutno použít přednostně v rámci hierarchie pramenů hmotněprávních standardů. Rozhodovat na základě zásad spravedlnosti může Rozhodčí soud pouze v případě, byl-li k tomu oběma stranami výslovně pověřen.“¹⁰⁸

Pokud bychom se pokusili shrnout varianty pojmu *lex mercatoria* v současném právním diskursu, můžeme říct, že se objevuje v následujících základních významech:

- a) Jako označení systému platného autonomního právo, které je rozvíjeno především mezinárodní komunitou obchodníků. Takový pohled zastává např. K.P. Berger.¹⁰⁹
- b) Ve významu práva tvořícího výkladový doplněk státního a mezinárodního práva. Tedy práva, které je možné aplikovat jen v mezích práva státního. Nejedná se tedy v pravém slova smyslu o autonomní právní řád. Takový pohled je nutno označit jako převažující, zejména pak ze strany tradiční právní vědy.
- c) Ve významu metodologické perspektivy, kterou lze pohlížet na případnou tvorbu

107AYOGLU, T., Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria, International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria, Istanbul 2014, str. 27 a násl.

108Z rozhodnutí sp.zn. Rsp. 843/13, dostupné z: https://www.soud.cz/downloads/H_Ekvita_RN_843_13.pdf

109BERGER, K.P., The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

nestátního práva.¹¹⁰

Takový výčet samozřejmě není uzavřený. Pojem *lex mercatoria* se někdy používá pouze pro označení faktických podobností napříč státními právními úpravami a úpravou mezinárodního práva pro označení shodné obchodněprávní úpravy, tedy „průřezově“, anebo pro označení implementace obdobných norem v různých právních řádech. Takové pojmání je však okrajové a v současnosti už překonané a je hodnoceno kriticky¹¹¹.

3.4.2. Legitimita pojmu NLM

Pokud bychom se zabývali legitimitou pojmu NLM jako takového, pak je možné ji postavit zejména na následujících poznatech.

- a) Pojem *lex mercatoria* je dostatečně určitým pojmem, který je v právním diskursu zavedený, ačkoliv je mnohdy předmětem velmi kritického hodnocení a je již dostatečně etablovaný pro další akademickou i praktickou práci.
- b) Jedná se o historicky determinovaný právní pojem s náležitou kontinuitou. *Lex mercatoria* v současné podobě, tedy NLM, je výsledkem vývojového procesu, který lze vypořádat napříč historickými prameny právní vědy i ekonomie. Je zřejmé, že po specifickém právu mezinárodního obchodu, které by bylo tvořeno z podstatné části „mimo dosah“ národních států je zde trvalá poptávka. Nelze si nevšimnout, že korporace (dříve *societas mercatorum*) vyvíjí aktivní snahy za účelem vytvoření autonomní právní úpravy v řadě oblastí mezinárodního obchodu.
- c) NLM jako systém si již vytvořilo svou teorii, která má svá právně teoretické odlišnosti od práva státního, mezinárodního a supranacionálního. Má specifický způsob tvorby norem a specifický způsob jejich vynucení. Teorie NLM se již

¹¹⁰CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographies of Transnational and International Law, 2010, str. 32.

¹¹¹BERGER, K., P., *tamtéž*.

stala předmětem systematického studia řady autorů a lze tak označit za etablovanou oblast minimálně akademického zájmu.

- d) NLM je právem, anebo má z pohledu normativního systému potenciál být právem, které má hmotněprávní obsah. Za hmotné normy jsou nejčastěji označovány zejména doložky INCOTERMS, Zásady UNIDROIT, Smluvní podmínky FIDIC, různé sbírky formulářových smluv a dle některých autorů také prameny mezinárodního práva, typicky CISG.
- e) NLM má rovněž procesněprávní rovinu. Je tvořeno procesními normami stejně jako normami hmotného práva. Disponuje také svou vlastní soustavou soudů *sui generis*. Tu můžeme spatřovat v jednotlivých mezinárodních institucionalizovaných rozhodčích soudech, které existenci NLM potvrzují odkazy na jeho jednotlivé normy i nabízenou argumentací. Status soustavy mezinárodních rozhodčích soudů je přitom diskutabilní otázkou. Je však zřejmé, a samotnou judikaturou státních soudů potvrzené, že mezinárodní rozhodčí soudy nejsou přímo vázány na právní řád určitého státu.¹¹² Jsou tedy svým charakterem autonomní, což ještě více podporuje zásada, že rozhodčí nález, pokud je jednou vydán, by neměl být podřízen meritornímu přezkumu ze strany státních soudů.¹¹³

Pojem NLM, bez ohledu na názor, se kterým k němu přistoupíme, tak nepochybně představuje v právním diskurzu současnosti významný pojem.

3.4.3. Definice NLM

Napříč literaturou neexistuje jednotná a široce uznávané definice pojmu NLM, tedy nového *lex mercatoria*. Nejčastěji se o něm hovoří jako o „transnacionálním právu mezinárodních obchodníků“¹¹⁴, „světovém právu mezinárodního obchodu“¹¹⁵ či, jak

¹¹²Konstatováno v rozsudku U.S. Supreme Court, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985. Dostupné z: <https://supreme.justia.com>

¹¹³V tomto režimu operuje také NYÚ, která zná pouze důvody odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu dle čl. V.

¹¹⁴ROZEHNALOVÁ, N., str. 267.

uvádí Schmitthoff, „autonomním právem mezinárodního obchodu“, které zároveň považuje za „jeden z největších objevů právní vědy naší doby“¹¹⁶.

Je otázkou, zda je příhodné pokusit se NLM nějak jednoduše definovat. Nepochybně se jedná o koncept či variantu právního systému, pro který je příznačný polycentrický původ jeho norem a orientace na regulaci mezinárodního obchodu. Nepochybně se rovněž v jiné rovině může jednat o pojmenování teoretického fenoménu právní vědy. Ačkoliv je zřejmé, že jednotící definice se nedočká široké akceptace napříč právníkou obcí, přesto považuji za povinnost každé studie na toto téma se o podobnou definici pokusit.

Napříč právní vědou se objevují jednoduché i velmi komplexní definice NLM. Bensonova definice prezentuje NLM jako autonomní systém polycentrického obyčejového práva, které se vyvíjí do značné míry spontánně a zahrnuje dále praktiky, které zlepšují příležitost k určitým obchodním aktivitám, přičemž jeho součástí jsou také rozhodnutí v rozhodčím řízení i v mediaci. Působnost norem NLM definuje spíše funkčně než geograficky.¹¹⁷

Rozehnalová definuje NLM jako svébytný systém norem vzniklých jinak než v rámci legislativní činnosti států, tedy jako právo nestátní.¹¹⁸ Takový pohled je samozřejmě poněkud užší a dává tušit, že autorka by se přiklonila k převažující, vertikální teorii NLM.

Berger pak považuje NLM přímo za svébytný právní řád, když uvádí, že se jedná o „nezávislý, třetí supranacionální právní řád mezi státním a mezinárodním veřejným právem; právní řád, který je vytvářený a rozvíjený právo tvornými silami mezinárodní

115KUČERA, str. 45.

116SCHMITTHOFF, C. M., Das neue Recht des Welthandels, 28 Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, s. 47, in: CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law, Oxford/Portland: Hart Monographies of Transnational and International Law, 2010, str. 29.

117BENSON, B., The Spontaneous Evolution of Commercial Law, in: ASCHENFELTER, O. C., Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009.

118ROZEHNALOVÁ, Naděžda, Právo mezinárodního obchodu, 3. vydání, Praha, Wolters Kluwer, 2010, s. 201.

komunity obchodníků.¹¹⁹ Konkrétně uvádí, že NLM má tři základní významy:

- a) označuje množinu norem a zásad bez jakékoliv vnitřní konzistence nebo systematizace,
- b) označuje souhrn obchodněprávních zvyklostí, které představují faktické *ius commune* subjektů mezinárodního obchodního styku,
- c) třetí z Bergerem jmenovaných pojetí přiznává NLM charakter autonomního právního řádu.¹²⁰

Až třetí z uvedených pohledů se dá nazvat skutečně kontroverzním, paradoxně navzdory skutečnosti, že pro metodologickou práci s tématem dává nejjasnější podklad a odpovídá také historicko-právnímu pohledu na problematiku. Kontroverzi spatřuji právě v horizontálním pojetí NLM, které by tímto pohledem bylo postaveno na roveň právu státnímu.

Je tak patrné, že definice NLM se významným způsobem různí a jejich souhrn tak spíše přispívá k intuitivnímu chápání pojmu NLM než k vysvětlení jeho přesného významu. Lze to chápat jako doklad o neustálenosti debaty o NLM a možných perspektivách pohledu na celý problém. S ohledem na aktuální stav debaty se tedy kloním k následujícímu shrnutí možných definic pojmu NLM v závislosti na východisko, na jehož základě k problému přistupujeme:

- a) Pokud vnímáme NLM jen jako **pojem či předmět zájmu právní vědy** (ať již právní historie, právní sociologie či teorie práva jako takové), pak lze NLM vysvětlit jako zastřešující označení pro koncept autonomního právního řádu, který se napříč spektrem odborného zájmu vyskytuje v různých podobách a zahrnuje právo a právní normy upravující transnárodní obchodněprávní vztahy, ať již státního či nestátního původu.
- b) Pokud vnímáme NLM **vertikálním pohledem**, pak výsledkem takového

119BERGER, K. P., The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

120BERGER, K., P., tamtéž.

pohledu by byl závěr o NLM jako o jakémisi doplňku státního a mezinárodního práva. NLM by představovalo soubor pravidel aplikovaných v mezinárodním obchodě v mezích státního a mezinárodního práva. Pohledem rozhodčího řízení by pak vždy byla arbitrabilita daná objektivní arbitrabilitou určitého státního právního řádu.

- c) Pokud vnímáme NLM **autonomním či horizontálním pohledem**, lze NLM definovat jako autonomní právní odvětví transnárodního práva, které upravuje právní vztahy mezi účastníky mezinárodního obchodu, jehož normy jsou tvořené polycentricky a jsou v rámci uvedené komunity vnímány jako závazné a jsou takto aplikovány mezinárodními rozhodčími soudy.

Aby bylo možné uvažovat o deskripci limitu NLM ve vztahu ke státní právní úpravě, je však třeba pro účely takové studie určitou jednotící definici nabídnout, byť s vědomím její nepřesnosti.

NLM je polycentricky utvářené univerzální právo mezinárodního obchodu, které je součástí globálního či transnárodního právního řádu a představuje alternativní právní úpravu státnímu a mezinárodnímu právu.

Tato definice nám stanoví základní premisu co do otázky pojmu NLM, tedy, že se jedná o právo utvářené více subjekty (bez aspirace na úplné vyloučení státní právní úpravy s vědomím možné relevance některých pramenů, typicky CISG), že se jedná výlučně o právo regulující mezinárodní obchod a že se jedná o právo, které ob stojí vedle zavedené státní a mezinárodní právní úpravy. Jsem si vědom toho, že se všemi uvedenými body by bylo možno vést polemiku, zároveň však pro účely práce s tématem nevidím přínos v relativizaci těchto základních východisek.

3.4.4. Tvorba norem NLM a vliv neveřejnosti v rozhodčím řízení

Jednou z oblastí, kde se státní a transnárodní právní řád znatelně odlišují, je oblast normotvorby. Pro normy transnárodního práva je charakteristický jejich polycentrické

utváření na rozdíl od norem práva státního, kde stát utváří právní normy prostřednictvím legislativních orgánů (a v rovině podzákoných předpisů také mechanismy jinými – orgány moci výkonné a orgány samosprávy). Jedná se nicméně o velice komplexní téma, ve kterém má rozhodčí řízení své nezastupitelné, avšak specifické místo.

3.4.4.1. Judikatura rozhodčích soudů a její specifická role pro tvorbu norem NLM

Prameny NLM nelze omezit jen na prameny psané, tedy určité sbírky norem, vzorová ustanovení smluv etc. Nezpochybnitelný význam má také judikatura mezinárodních rozhodčích soudů. Lze se setkat také s názory, že NLM je produktem výlučně rozhodování mezinárodních rozhodčích soudů; tento pohled mi však připadá neobhájitelný. Neveřejnost podstatné části rozhodčích nálezů je jedním z hlavních důvodů, proč by normotvorba výlučně tímto způsobem nemohla být nikdy pouze záležitostí rozhodování rozhodců, zejména pak za situace, kdy absentuje souhrnný vyhledávací mechanismus těch nálezů, které byly publikovány. Je to však neveřejnost, která představuje jeden z hlavních důvodů pro volbu arbitráže jako rozhodovacího mechanismu sporů, je sice nezbytná, ovšem znesnadňuje sledování ustálené rozhodovací praxe rozhodčích soudů. Jedná se o jeden ze základních principů rozhodčího řízení a její konstrukce podle ust. § 19 odst. 3 ZRŘ je považována za kogentní ustanovení zákona.¹²¹ Bělohlávek nabízí také komparativní studii úpravy neveřejnosti v jednotlivých národních právních úpravách a dochází k závěru, že princip neveřejnosti se promítá do většiny moderních úprav rozhodčího řízení.

Neveřejnost rozhodčího řízení v mezinárodním obchodu je důležitá jak z hlediska ochrany obchodního tajemství, tak z důvodu omezení zásahů do rozhodování rozhodců ze strany veřejnosti (mnohdy reprezentované na politické úrovni), a také z důvodu omezení reakcí trhu¹²². Z těchto důvodů se nedá předpokládat, že by se někdy rozhodčí

121 BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Praha 2012, C.H.Beck, str. 356.

122 ARAOUI, F., A., Confidentiality in Arbitration: encouraging the publication of awards, publikováno dne 24.03.2015 přes: www.linkedin.com, dostupné z: <https://www.linkedin.com/pulse/confidentiality-arbitration-encouraging-publication-awards-azfar>

řízení stala primárně veřejná.

Neveřejnost v rozhodčím řízení je zakotvena přímo v procesních pravidlech zavedených rozhodčích soudů, tak například čl. 30 jednacího řádu LCIA stanoví závazek nezveřejňovat veškeré skutečnosti (včetně nálezu) jak ve vztahu k účastníkům řízení (čl. 30.1), tak ve vztahu k LCIA jako instituci (čl. 30.3). Pro publikaci rozhodčího nálezu se vyžaduje písemná dohoda stran sporu. Podobné pravidlo obsahují také Pravidla UNCITRAL v čl. 34 odst. 5, dle kterého může být nález zveřejněn jen za podmínky dohody všech stran sporu, anebo v případě, kdy nutnost takového zveřejnění vyplývá z určité právem stanovené povinnosti.¹²³

Významnou složkou neveřejnosti rozhodčího řízení je mlčenlivost rozhodců. Obecná povinnost mlčenlivosti rozhodce stanovená v ust. § 6 ZRŘ však není absolutní a je, vedle možnosti zbavení povinnosti mlčenlivosti na základě souhlasu obou stran sporu, prolomitelná také na základě rozhodnutí o podané žádosti o zproštění mlčenlivosti z vážných důvodů. O takovém návrhu rozhoduje předseda okresního soudu místně příslušného dle trvalého pobytu rozhodce.¹²⁴ Rozhodování o zproštění mlčenlivosti je řízením *sui generis*, jehož základ není dovozován z norem občanského soudního řádu.¹²⁵ Možnost podání návrhu na zbavení mlčenlivosti rozhodce přitom není nijak časově omezená a může k ní dojít kdykoliv po ukončení příslušného rozhodčího řízení. Poslední věta citovaného ust. § 6 odst. 2 ZRŘ dokonce obsahuje zmocnění ke zproštění mlčenlivosti v případě rozhodčích nálezů, které nebyly na území České republiky vůbec vydány, byť za restriktivně pojatých podmínek. Bělohávek toto ustanovení označuje za excesivní a nerespektující rozsah působnosti ZRŘ.¹²⁶

Ani v pramenech řazených mezi procesní NLM nenalezneme absolutní pojetí mlčenlivosti a důvěrnosti rozhodčího řízení. Například v čl. 34 odst. 5 pravidel arbitráže UNCITRAL je neveřejnost vztažena pouze k rozhodčímu nálezu jako takovému,

123 “An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority.”

124 Viz. ust. § 6 odst. 2 ZRŘ.

125 BĚLOHLÁVEK, A., tamtéž.

126 BĚLOHLÁVEK, A., tamtéž, str. 349.

příčemž podmínkou jeho zveřejnění je souhlas všech stran sporu. Důvěrnost nálezu může být prolomena také tehdy, pokud je to nezbytné z důvodu plnění určité právem uložené povinnosti či ve vztahu k řízení před soudem či jiné příslušné veřejnoprávní autority.

Z výše uvedených příkladů úpravy neveřejnosti rozhodčího řízení a výjimek z ní je možné pozorovat, že neveřejnost rozhodčího řízení a tomu odpovídající mlčenlivost rozhodců nejsou konstruovány absolutně. Prolomení je možné jak právním jednáním stran rozhodčího řízení, tak v důsledku povinností uložených státním právem, respektive veřejnou autoritou. V této otázce tedy není vnitrostátní či mezinárodní arbitráž pojmána zcela autonomně na právu státním.

Relativně méně striktní úpravu neveřejnosti rozhodčího nálezů obsahují pravidla Rozhodčího soudu ICC, kde je ponecháno na rozhodčím soudu, zda, v návaznosti na vznesené žádosti některé ze stran, učiní rozhodčí nález veřejným či nikoliv. Lze však shrnout, že princip neveřejnosti je „alfou“ rozhodčího řízení z hlediska jeho atraktivity pro potenciální uživatele; „omegou“ pro zastánce teorie NLM, protože představuje zásadní překážku při hledání relevantní judikatury rozhodčích soudů a tím také ustálení rozhodovací praxe a obtížnosti při zpracování tématu obecně.

3.4.4.2. Teoretické přístupy k tématu normotvorby v oblasti NLM

V současné teorii NLM lze vysledovat několik zajímavých teoretických konceptů tvorby norem NLM. Důvodem je patrně „racionalizovat“ spontánní charakter tvorby norem NLM, kdy je třeba se zejména vyrovnat s absencí zastřešující jedné autority (státu), která by byla jejich zřejmým původcem. Hovoří se tak o teorii „migrace“ norem¹²⁷ a o reflexivním pojetí práva, kdy vznik norem pružně a spontánně reaguje na společenské a ekonomické situace. Callies dělí normotvorné přístupy v oblasti transnárodního práva na normotvorbu v důsledku vzájemné interakce soukromého a veřejného sektoru a normotvorbu „víceúrovňovou“, která je pro NLM typická.¹²⁸

127 SCHAFFER, P., Ed., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press, 2013.

128 CALLIES, G-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographies of Transnational and International Law, 2010, str. 146 a násl.

Uvedené teoretické přístupy však nejsou vzájemně zcela kompatibilní a vytváří spíše kvalifikované povědomí o tvorbě a původu norem NLM než ucelený systém. Schaffer například v teorii migraci norem uvádí, že největšími původci transnárodních norem jsou v současnosti USA a Evropská unie – to je zjevně v rozporu s tezí o nestáním původu transnárodního práva.¹²⁹

Za zajímavý pohled, který je ve svých důsledcích relativně konformní s tradičním pojetím NLM jako doplňkového práva ke státní právní úpravě, považuji také rozdělení původu norem NLM podle jejich charakteru – na normy regulativní a koordinační¹³⁰. Regulativní, ač jsou z titulu významu pro mezinárodní obchod součástí NLM, jsou zejména původu státního a mezinárodního, zatímco normy koordinační jsou původu soukromého. Tento pohled vychází z tradice Hayekova myšlení a ordoliberalismu, který právě takto dělil funkci práva ve společnosti (na funkci regulativní a koordinační).

3.5. Pohled hmotněprávní: obsah a součásti NLM

Základní, ale rovněž jednou z nejobtížnějších na zodpovězení je otázka, z čeho konkrétně se NLM sestává, které normy tvoří jeho hmotnou a procesní stránku? Podobně jako právo státní či mezinárodní, nemůže dle mého názoru NLM aspirovat na status plnohodnotného právního řádu za situace, kdy by obsahově nebylo dostatečně určité. Lando hovoří o imperfektním charakteru *lex mercatoria*¹³¹ a snaží se jeho obsah konkretizovat průřezem jednotlivými právními řády a prameny: mezinárodním veřejným právem, vzorovými zákony, obecnými principy právními, pravidly mezinárodních organizací, obyčeji, vzorovými smlouvami a rozhodčími nálezy.¹³² Zůstává ale v této otázce skeptikem a dochází k částečnému závěru, že NLM nikdy nedosáhne úrovně a organizovanosti národních právních řádů. Ačkoliv vnitřní souladnost určitého práva by měla být jedním ze základních prvků právního řádu¹³³, skutečnost určité míry nesouladu některých jeho norem však samu o sobě nemůžeme

129 SCHAFFER, P., Ed., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press, 2013, str. 40,

130 CALLIES, G.-P., tamtéž, str. 96 a násl.

131 LANDO, O., *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in: Sarcevic (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, London 1991, str. 129 a násl.

132 LANDO, O., tamtéž.

133 KNAPP, V., *Teorie práva*, 1. vyd., Praha, C.H.Beck 1995, str. 67.

považovat za důvod, pro který by NLM nemělo být aplikováno, neboť relativní míra koherence určitého právního řádu ještě obecně není důvodem jeho závaznosti – právní řády s jistou mírou inkoherece předpokládají a samy vytváří mechanismy pro sjednocování práva (například zajištění souladu zákonných norem s ústavním pořádkem prostřednictvím abstraktní a konkrétní kontroly ústavnosti).

Je zřejmé, že právní řád nelze omezit jen na výčet jednotlivých právních norem. Podobně jako státní právní řády, také *lex mercatoria* je postavena na určitých právních principech jako vůdčích právních zásadách¹³⁴, které mají zejména interpretační a aplikační význam a jsou významné také pro tvorbu dalších právních norem. Principy také v hrubých rysech určují charakter NLM, ze kterého je patrné, že je odkazem římskoprávního dědictví a evropské právní kultury – obsahově pak syntézou anglo-amerických i kontinentálních právních řádů.

3.5.1. Základní principy NLM

Principy jsou oblastí, kde se NLM se soukromoprávní státní úpravou prakticky shoduje. Rozdíly nicméně představuje odlišná míra uplatňování jednotlivých principů. V NLM je tradičně posílen princip autonomie smluvních stran, který se dá dokonce označit za samotný základ NLM. Naopak, lze předpokládat nižší akcent na některé principy zejména v oblasti procesního NLM. Z dvaceti principů, které jako základní pro oblast *lex mercatoria* jmenuje Mustill¹³⁵, jsou významné zejména následující:

- a) Princip *Bona fides*, neboli princip dobré víry, který je základním interpretačním principem pro chování smluvních stran ve vztazích soukromého práva. Má římskoprávní původ a ve starším římském právu byl uplatňován formulářovou žalobou *bonae fidei iudicia*. Tento princip nebyl pojímán jen jako princip právní,

¹³⁴GERLOCH, A., Teorie práva, 3. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, str. 33 a násl.

¹³⁵MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arbitration International 1988, str. 86. V rámci objektivitě však považuji za podstatné dodat, že Mustill rozhodně nepřiznával *lex mercatoria* charakter plnohodnotného a svébytného právního řádu. Tomu se podrobně věnuje právě v uvedeném článku. Z principů, které Mustill jmenuje, mají některé spíše podobu jednotlivých specifických norem. Jejich přehled je dostupný např. z: https://www.trans-lex.org/126900/_/mustill-michael-the-new-lex-mercatoria-the-first-twenty-five-years-arbitl-1988-at-86-et-seq/

ale představoval důležitou sociálně-etickou ideu.¹³⁶

Vzhledem k tomu, že NLM má převážně konsensuální povahu a není vytvářeno jednou vnější autoritou (státem), tedy *de facto* stojí na širší dohodě subjektů, které normy NLM aplikují, nabývá princip dobré víry (ovšem také *pacta sunt servanda*) ještě většího významu, než je tomu u práva státního. Tento princip především „vytváří návod pro hodnocení chování osob na základě modelového typu“.¹³⁷ V obecné rovině to znamená, že každá strana má povinnost chovat se tak, aby nepoškozovala stranu druhou a rovněž se chovat způsobem, který odráží důvodné očekávání druhé strany.¹³⁸ Nový dodává, že princip dobré víry je „jednou z bran, kudy do právního řádu pronikají etické hodnoty převládající v určitém společenství“¹³⁹. Pedenová dále specifikuje, že dobrá víra se projeví v povinnosti stran kooperovat tak, aby došlo k naplnění smlouvy, v povinnosti dodržet standard poctivého chování a v dodržení standardu chování, který lze považovat za rozumný s ohledem na zájem druhé strany.¹⁴⁰ Německá právní teorie popisuje čtyři základní funkce principu dobré víry: konkretizační (*Konkretisierungsfunktion*), doplňující (*Ergänzungsfunktion*), limitující (*Schrankenfunktion*) a korektivní (*Korrekturfunktion*).¹⁴¹ Teoreticky protikladným institutem by potom byla doktrína „*abuse of rights*“, známá např. z německého práva, která v obecné rovině stanoví nepřipustnost šikanózního výkonu práva.¹⁴²

Lze souhlasit s názorem, že princip dobré víry se zrcadlí také v jiných, více specifických principech NLM, typicky v principu *pacta sunt servanda*, dále se

136K tomu více např. BECK, A., Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht, Festschrift Simonius, Basel 1955.

137NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, 1. vyd., C.H.Beck, Praha 2012, str. 5

138Commentary to Trans-Lex Principle, <http://www.trans-lex.org/901000>

139NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, 1. vyd., Praha C.H.Beck, 2012, str. XVIII.

140PEDEN, E., Good Faith in the Performance of Contracts, Chatwoods: LexisNexis Butterworths, 2012, str. 12.

141WEBER, K. Rechtswörterbuch, München, C.H.Beck, 2007, heslo: „Treu und Glauben“, in: NOVÝ, Z., tamtéž, str. 38.

142Ust. § 226 něm. BGB stanoví, že „výkon práva je nepřipustný, pokud by účelem takového výkonu bylo pouze druhému způsobit škodu.“, „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie den Umständen nach nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“

projeví v povinnosti nechovat se při plnění smlouvy nekonzistentně, v povinnosti renegociovat smlouvy, v povinnosti informovat druhou stranu o závažných okolnostech při plnění smlouvy a v dalších aspektech.¹⁴³

Princip dobré víry nalezneme díky jeho obecnosti snad ve všech relevantních pramenech mezinárodního obchodního práva, namátkou v čl. 7 CISG, kde figuruje jako základní interpretační princip, dále pak v čl. 34 Úmluvy ICSID („strany mají postupovat v dobré víře“), v čl. 1:106 a 1:201 PECL, kde je výslovně stanoveno, že každá strana se musí chovat v souladu s principem dobré víry, v čl. 1.7 Zásad UNIDROIT, kde je principu dobré víry propůjčena určitá kogentnost, když je v odst. 2 stanoveno, že „Strany nemohou vyloučit nebo omezit tuto povinnost“¹⁴⁴. Princip dobré víry je široce reflektován také ve státních právních úpravách.¹⁴⁵

Význam principu dobré víry potvrzuje také rozhodovací praxe Rozhodčího soudu ICC. Z recentních rozhodnutí lze jmenovat např. nález č. 9593, ve kterém dochází k potvrzení názoru UNIDROIT, že „*povinnost postupovat v dobré víře při výkladu smlouvy představuje obecný princip mezinárodního obchodu*“.¹⁴⁶ Stejný závěr vyplývá také např. z částečného nálezu č. 6474¹⁴⁷ a význam tohoto principu pro interpretaci norem transnárodního práva je tak nesporný.

- b) **Princip *pacta sunt servanda*.** Tento princip, který lze z pramenů NLM nalézt např. V čl. 1.3, 1.7., 6.2.2. č a 6.2.3. Zásad UNIDROIT, resp. v čl. 6.1.1.1. Principů PECL, a dále také v CISG, v zásadě stanovuje povinnost dodržovat platně uzavřené smlouvy. To má klíčový význam zejména s ohledem na rozhodčí řízení, které tvoří základní způsob rozhodování podle NLM a pro které je dohoda stran sporu většinou základem jeho užití pro výklad práv a povinností stran v daném právním vztahu.

143Commentary to Trans-Lex Principle, <http://www.trans-lex.org/901000>

144NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, 1. vyd., C.H.Beck, Praha 2012, str. 119.

145§ 242 a 157 německého BGB, čl. 2 odst. 2 švýcarského ZGB či § 1-203 Uniform Commercial Code a další.

146ICC Award No. 9593, ICC Bull. 10/No. 2 (1999), str. 107 a násl., dostupné z: www.trans-lex.org

147ICC Partial Award No. 6474 of 1992, YCA 2000, str. 279 a násl., dostupné z: www.trans-lex.org

Jedná se o zásadu mající v právních pramenech dlouhou kontinuitu a lze ji dovodit jak z pramenů římskoprávních, tak z partikulárních právních úprav evropského středověku.¹⁴⁸ O prolomení zásady se hovoří zejména v teorii ekonomické analýzy práva, která zásadu *pacta sunt servanda* vidí jako zásadu s relativním uplatněním a obhajitelnou jen tehdy, kdy se určitý kontrakt vyplácí dodržet.

Praktickou reflexi této zásady do státního práva vidím zejména v restriktivním pojmání výpovědních důvodů v určitých případech – typicky například u nájemních smluv na bytové prostory či u jiných smluv s formálně slabší smluvní stranou. V obchodních smlouvách v mezinárodním obchodu však převládá velká diskrece stran co do možností vyvázání se ze smluvního závazku a důležitá je výslovná úprava provedená smluvními stranami.

- c) **Princip smluvní autonomie.** Tento princip má pro NLM, stejně jako pro celou oblast mezinárodní obchodní arbitráže, zcela klíčový význam a bývá označován za *Grundnorm* mezinárodního rozhodčího řízení.¹⁴⁹ Je průsečíkem veškerých soukromoprávních úprav, ať již státních v podobě civilních kodexů, které jsou na této úpravě postaveny, mezinárodní úpravy i úpravy transnárodního práva a dá se označit za jeden z univerzálních právních principů. Lando¹⁵⁰ v tomto směru dokonce poukazuje na německou ústavu, která v čl. 2 odst. 1 stanoví, že: „každý má právo na svobodné vyjádření své osobnosti, a to do míry, ve které nedochází k rušení práv ostatních, nebo k zásahu do ústavního pořádku či zákona morálky.¹⁵¹“ Za základ práva mezinárodního obchodu označuje tuto

148 Velmi exaktní je formulace například ve Statutech krále Alfréda Velikého (The Laws of King Alfred the Great), které jsou datovány do r. 886 n.l., a které uvádějí v přepise do moderní angličtiny: „First we insist that there is particular need that each person keep his oath and his pledge carefully.“ In: CONNERTY, A., Lex Mercatori: Is it relevant to international commercial arbitration?, in: YILDIRIM/ESKIYÖRÜK (eds.), International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria, Istanbul 2014, str. 101 a násl.

149 CUTLER, A., Arbitration and new Constitutionalism, in: MATTLI, W., DIETZ, T., International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence, Oxford University Press, 2014, str. 155.

150 LANDO, O., CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law, in: American Journal of Comparative Law 53, Berkley 2005, str. 386

151 Čl. 2 odst. 1 Německé ústavy: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit,

zásadu také Schmitthoff a s dobovou platností dodává, že: „v tomto ohledu neexistuje žádný rozdíl mezi právními řády zemí s volným trhem a s plánovaným hospodářstvím.“¹⁵² Klíčový význam tohoto principu je potvrzen také rozhodovací činností Rozhodčího soudu ICC, který jej v nálezu č. 1512 chápe zejména v kontextu práva stran zvolit si rozhodné právo.

Z výše citovaných pramenů transnárodního práva můžeme nalézt odkaz na princip smluvní autonomie například v čl. 1:102 principů PECL, čl. 1.1. a čl. 1.5. Zásad UNIDROIT či v čl. IV 1.1. principů Trans-lex (zde se dokonce pojem „princip autonomie“ objevuje ve znění tohoto ustanovení). V mezinárodním právu jej nalézáme například v CISG, jehož je smluvní autonomie hlavním principem¹⁵³, přičemž jeho čl. 6 stanoví, že smluvní strany mohou vyloučit aplikaci úmluvy – v opačném případě je tato úmluva mezi stranami přímo použitelná. V pozměněné podobě se nachází také v čl. 11 CISG stanovujícím volnost formy kupní smlouvy či v čl. 9 CISG, který upravuje vázanost stran obchodními zvyklostmi, na kterých se strany dohodly a praxí, kterou mezi sebou strany zavedly.¹⁵⁴

Smluvní autonomie stran je obecným principem soukromého práva a normy, které jsou jeho projevem nalézáme jak v právu transnárodním tak státním. Příkladem mohou být ustanovení, která umožňují limitaci náhrady škody. Takové normy můžeme nalézt jak v právu státním, tak v pramenech, které lze zařadit mezi hmotné prameny *lex mercatoria*, například z čl. 17.6 podmínek FIDIC (a to za podmínky vyloučení případů podvodného jednání) či odvozeně z čl. 1.1. Zásad UNIDROIT (za podmínky respektování principu dobré víry).¹⁵⁵ Podobně lze limitovat náhradu škody v mezinárodním právu; CISG sice takovou úpravu výslovně neobsahuje, možnost limitace však lze dovodit z výše

soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

152SCHMITTHOFF, C., Das neue Recht des Welthandels, 28 RabelsZ 1964, str. 68: „... in dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen den Rechtsordnungen der Länder freier Wirtschaft und sozialistischer Planwirtschaft.“

153LANDO, O., Tamtéž.

154Oficiální překlad CISG dostupný z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/czechtext.html>

155ŠILHÁN, J., Náhrada škody v obchodních vztazích a možnosti její smluvní limitace, 2. vyd., C.H. Beck, 2011, str. 105.

uvedeného čl. 6, opět však pod podmínku respektování principu dobré víry.¹⁵⁶ Je tak zřejmé, že principy se neuplatňují absolutně, vždy jen ve své vzájemné souvislosti. Tento závěr je platný jako pro transnárodní, tak státní a mezinárodní právo. V souvislosti se zmíněným institutem možné limitace náhrady škody (či újmy) je však vhodné poznamenat na omezení smluvní autonomie v českém právu, když není umožněno, aby byla limitace provedena v případech, kdy je škoda způsobena úmyslně či v případech hrubé nedbalosti¹⁵⁷.

Pokud by se tedy nabízel závěr, že *lex mercatoria*, ať již jako právo hmotné či procesní v podobě úpravy podmínek konání rozhodčího řízení, je primárně postaveno na principu autonomie smluvních stran, nemůže se jednat o uplatnění tohoto principu absolutním způsobem. To se musí nutně projevit v konkrétních, partiálních otázkách rozhodčího řízení a arbitrability. Tento závěr je zároveň předzvěstí limitací, kterým bude rozhodčí řízení logicky podléhat.

Mezi další klíčové principy se řadí princip *rebus sic stantibus*, tedy dovolání se neplatnosti smlouvy při zásadní změně okolností (lze najít také v aktuální české soukromoprávní úpravě v ust. § 1764 a násl. NOZ), princip *abus non tollit usum*, tedy, že protiprávní jednání nepožívá ochrany (reflektuje např. čl. I.1.4 Principů Trans-lex, a potvrzují např. závěry rozhodnutí ICSID č. ARB/05/15¹⁵⁸), či princip *culpa in contrahendo*, od rekodifikace reflektovaný také v české právní úpravě (viz. ust. § 1728 a násl. NOZ), tedy princip předsmluvní odpovědnosti. Reflexe posledního jmenovaného principu do českého právního byla zjevně inspirována některými transnárodními prameny, zejména čl. 2.301 a 2.302 PECL, na rozdíl od kterého však česká úprava výslovně neupravuje odpovědnost za škodu způsobenou zneužitím informací.¹⁵⁹

Lze tedy říci, že úprava řazená do oblasti NLM je s právní úpravou státní co do základních zásad hmotného práva analogická a rozdíly je třeba hledat na konkrétnější

156ŠILHÁN, J., Tamtéž, str. 104.

157 Viz. ust. § 2898 NOZ.

158Dostupné z: www.trans-lex.org

159 ŠVESTKA, J., DVORÁK, J., FIALA, J., Občanský zákoník: Komentář, 1.vyd., Wolters Kluwer ČR, Praha, 2014, komentář k § 1728 NOZ.

než principiální úrovni. Je zde možné dobře pozorovat jev, který Schaffer a jiní teoretikové transnárodního práva nazývají migrací norem, tedy ovlivňování obsahu jednotlivých právních úprav jinými, bez ohledu na jejich hierarchickou provázanost, tedy na bázi obsahové, nikoliv cestou formální.¹⁶⁰

3.5.2. Problematika vymezení psaných pramenů NLM

V zásadě se dají jednotlivé nabízené výčty norem *lex mercatoria* rozdělit dle toho, zda je NLM považováno za čistě nestátní právo nebo za jakýsi autonomní hybridní právní řád, který existuje paralelně vedle jednotlivých právních řádů a „prostupuje“ jimi, tedy důsledněji odpovídá teoretickému pojetí transnárodního práva. V takové podobě tedy zahrnuje rovněž elementy práva mezinárodního, supranacionálního a dokonce národních právních řádů.

Rozeznáváme tak širší a užší vymezení množiny norem NLM. Širší vymezení *lex mercatoria* zastávají např. Zmíněný Ole Lando¹⁶¹, ale také např. Mustill, který uvádí následující prameny *lex mercatoria*:

- mezinárodní veřejné právo,
- vzorové právní normy,
- obecné principy právní,
- pravidla vytvářená mezinárodními organizacemi,
- mezinárodní zvyklosti a právní obyčeje,
- standardizované smlouvy,
- rozhodčí nálezy.¹⁶²

Uvedené pojetí je dosti široké a zcela zjevně cílí na některé normy mezinárodního práva, např. CISG. Mustillovým pohledem by také bylo NLM částečně „*judge-made law*“. S Mustillovým pohledem lze v tomto bodě souhlasit, protože rozhodnutí

160 SCHAFFER, P., Ed., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press, 2013.

161 LANDO, O., tamtéž.

162 MUSTILL, M., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, *Arbitration International* 1988, str. 86, dostupné z: www.trans-lex.org.

mezinárodních rozhodčích tribunálů mají, zejména s ohledem na probíhající konstituci NLM, mimořádný význam a celému pojmu NLM propůjčují do určité míry „praktickou“ rovinu. Základní poznatek o polycentricitě NLM však platí i zde: NLM rozhodně není výlučně „judge-made law“, jeho pramenů však paralelně existuje více a rozhodnutí rozhodčích tribunálů jsou jedním z nich.

K Mustillovu pojetí je třeba dodat, že je k NLM obecně spíše skeptické. Mustill upozorňuje zejména na problémy co do stanovení způsobu aplikace NLM, přesného vymezení jeho norem, vztahu ke státnímu právu a vůbec „zjistitelnosti“ takového práva.¹⁶³ Možná také proto lze u něj spatřovat tendenci širšího vymezení pramenů NLM, které zároveň vede k jisté neurčitosti, se kterou pojem NLM spojuje.

K užšímu pojetí NLM se klaní například Michaels, který však zároveň poukazuje na to, že NLM coby nestátní právo je atraktivní právě svou faktickou podobností s právem státním¹⁶⁴; z českých autorů se k užšímu, striktně nestátnímu pojetí NLM klaní Rozehnalová¹⁶⁵, která NLM vnímá jako striktně nestátní právo, tvořené soukromými subjekty mimo rámec státní právní úpravy. Prameny mezinárodního, natož pak státního práva, do takového práva nelze zahrnout. Jedná se spíše o etatický či tradiční pohled, který ve svém důsledku může vést k závěru o tom, že NLM slouží pouze jako právo doplňkové ke státní právní úpravě. Aplikovalo by se pouze v případě mezer v právu státním či v případě, kdy strany odkáží na rozhodování podle zásad spravedlnosti. S ohledem na recentní literaturu k tématu považuji tento pohled potenciálně za překonaný. Teoretikové NLM jej budou zavrňovat zejména proto, že snižuje význam pojmu NLM, čemuž nelze upřít jistou míru účelovosti.

163 CONNERTY, A., *Lex Mercatori: Is it relevant to international commercial arbitration?*, in: YILDIRIM/ESKIYÖRÜK (eds.), *International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria*, Istanbul 2014, str. 101 a násl.

164 MICHAELS, R., *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, 2007, str. 456 a násl.

165 Ta mezi součást lex mercatoria považuje mezinárodní obchodní zvyklosti, obecně uznané právní principy či zásady, institucionalizované produkty smluvní svobody a uměle vzniklé soubory zásad mezinárodních smluv či smluvního práva vytvářené nikoli na bázi zástupců států, ale soukromě. In: ROZEHNALOVÁ, N., str. 269.

3.5.3. Hmotněprávní prameny NLM

Lex mercatoria, pokud má být plnohodnotným právním řádem, musí být jako každý jiný tvořen právem hmotným a procesním. Výčty pramenů jakéhokoliv práva nejsou téměř nikdy uváděny napříč odbornou literaturou taxativně, a to zejména s ohledem na jejich četnost. Přesto je však u státního práva poměrně jednoduché určit, zda daný pramen tvoří součást státního práva či nikoliv. U NLM však záleží na výchozí definici jeho obsahu. Lze pouze uvést demonstrativní výčet pramenů, které jsou s NLM pravidelně spojovány a které pravděpodobně tvoří jeho kostru. Těmito prameny hmotného NLM jsou zejména:

- a) Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT
- b) Principy evropského smluvního práva PECL
- c) Smluvní doložky INCOTERMS 2010
- d) Smluvní podmínky FIDIC
- e) Principy Trans-lex
- f) Prostředky korporátní seberegulace a ostatní prameny NLM

Uvedené prameny jsou zvoleny jak s ohledem na jejich četnost citací v odborných pramenech, tak s přihlédnutím k jejich charakteru jako právních instrumentů jednotlivých dosavadní stav právní úpravy, včetně úpravy státní. Mezi normy NLM zde neřadím CISG, protože jsem toho názoru, že se jedná o mezinárodněprávní pramen, jehož zařazení mezi normy NLM pojem transnárodního práva již příliš relativizuje.

3.5.3.1. Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT

Tento pramen upravuje výlučně smlouvy mezinárodní a výlučně obchodněprávní, čímž se liší od níže uvedených zásad PECL, které mohou být aplikovány také na spotřebitelské smlouvy.¹⁶⁶ To je vyjádřeno výslovně také v preambuli k vydání Zásad UNIDROIT 2010 („Zásady 2010“)¹⁶⁷. Zde je také uvedeno, že se stranám doporučuje

¹⁶⁶ŠILHÁN, J., tamtéž, str. 107.

¹⁶⁷UNIDROIT Principles of international commercial contracts, ed. 2010, Dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010->

podřízení určité smlouvy výslovně těmto zásadám namísto volby jiných, „vágních“ pojmů, mezi nimi také pojmu *lex mercatoria*. Lze to chápat jako kritiku NLM, ale zároveň také jako podřízení Zásad UNIDROIT mezi prameny tohoto práva. Aplikovatelnost Zásad UNIDROIT v případě absence jejich explicitní volby stranami, resp. v případě volby „práva a pravidel přirozené spravedlnosti“ či „zásad ekvity“¹⁶⁸, navíc již byla potvrzena rozhodovací praxí Rozhodčího soudu ICC coby aplikace nejvhodnějšího pramene pravidel.¹⁶⁹

Zásady UNIDROIT především stanoví obecná pravidla pro mezinárodní obchodní smlouvy. Jejich význam lze spatřovat především ve třech rovinách:

- a) jsou prostředkem „identifikace“ hmotného NLM v oblasti smluvního práva, resp. jsou přímo pramenem hmotného NLM, tedy transnárodního práva, vycházíme-li z transnárodního pojetí;
- b) jsou vzorovou právní úpravou pro legislativce při tvorbě právní úpravy konformní se standardy mezinárodního obchodu;
- c) jsou pomůckou při interpretaci některých jiných pramenů mezinárodního obchodního práva, jmenovitě CISG, ale také státního práva.¹⁷⁰ Preambule k Zásadám UNIDROIT zde jejich interpretační funkci zdůvodňuje tím, že ačkoliv se určitá mezinárodní úprava stane přirozeným procesem součástí národního právního řádu, jedná se spíše jen o změnu formální, přičemž obsahově ke změně nedochází. Proto taková ustanovení musí být nadále interpretována konformně s tímto mezinárodním výkladem.¹⁷¹

Zásady UNIDROIT nepředstavují pramen státního práva a nespádají tedy pod kategorii rozhodného práva ve smyslu úpravy mezinárodního práva soukromého. Z pohledu práva státního se jedná pouze o doplněk právní úpravy, který, jak uvádí Zumbansen,

e.pdf

168TWEEDDALE, A., TWEEDDALE K., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2005, str. 190.

169Jedná se o nález Mezinárodního soudu při ICC č. 7110, z r. 1995, dostupný z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=713>

170GOODE, R., *Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary*, Oxford University Press 2004, str. 40.

171UNIDROIT *Principles of international commercial contracts*, ed. 2010, str. 4.

působí spíše „*imperio rationis*“, tedy přesvědčivostí svého obsahu, nikoliv pak „*ratione imperii*“, tedy odvozeně od existence nějaké vnější autority.¹⁷²

Otázky rozhodčího řízení nejsou hlavním předmětem úpravy Zásad UNIDROIT. Několik jejich ustanovení se však dotýká také této oblasti, například čl. 1.11. Zásad (stanoví, že „soudem“ se rozumí také rozhodčí tribunál) anebo čl. 10.6 a násl. Zásad (upravuje odkladné účinky zahájení rozhodčího řízení.) Čl. 1.4. Zásad pak stanoví, že aplikace Zásad nemůže vyloučit uplatnění nutně použitelných ustanovení mezinárodního soukromého práva. Komentář (str. 13) následně uvádí, že v oblasti mezinárodní arbitráže chybí předem stanovené *lex fori*, nicméně rozhodce by měl povinně použítelná ustanovení státu potenciálního výkonu rozhodčího nálezu brát automaticky v úvahu (s odkazem na čl. 35 Pravidel ICC). Komentář k Zásadám nicméně použití rozhodčího řízení pro řešení sporů ze smluv uzavřených na jejich základě preferuje před klasickým soudním řízením.

Podstatná je také výše zmíněná skutečnost, že Zásady UNIDROIT mohou být aplikovány ze strany rozhodčího soudu při absenci výslovné volby rozhodného práva stranami. To je dovozováno z již nálezu rozhodčího soudu ICC (arbitráž byla konána v Haagu) č. 7110¹⁷³, kdy se rozhodčí soud zabýval sporem ze soustavy devíti smluv uzavřených mezi britskou obchodní společností a středovýchodním státem, ve kterých strany projevíly vůli namísto volby určitého státního práva podřídít režim smlouvy „zákonům a pravidlům přirozené spravedlnosti“¹⁷⁴, a to navíc výslovně jen v některých těchto smlouvách. Rozhodčí soud musel takto provedenou „volbu“ rozhodných norem pro režim smlouvy konkretizovat.

Žalovaná strana – britská společnost – zde namítala, že jako rozhodné právo zde má být určeno právo anglické, a to v souladu s čl. 4 odst. 2 Římské úmluvy z r. 1980¹⁷⁵. Toto

172CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 125.

173Nález Rozhodčího soudu ICC č. 7110 z r. 1995, dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=713&step=Keywords>

174Konkrétně: „laws or rules of natural justice.“ Abstrakt rozhodčího nálezu č. 7110 dostupný z: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=713&step=Abstract>

175Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy ze dne 19.06.1980.

ustanovení stanoví jako kolizní kritérium právo státu, ve kterém má strana poskytující charakteristické plnění své sídlo (či ústředí). S tímto názorem se rozhodčí soud neztotožnil, naopak přisvědčil záměru stran ve smlouvě vyloučit aplikaci konkrétního státního práva a dovodil, že na daný případ se vztahují právě Zásady UNIDROIT, což dovodil zejména z textového a teleologického výkladu příslušných smluvních ustanovení a z toho, že strany měly zřejmý zájem případné rozhodčí řízení delokalizovat. Rozhodčí soud výslovně uvedl, že v případě sporů z přeshraničních obchodních vztahů, a to i v případě, kdy se strany sporu nedohodly na rozhodování podle zásad „*ex aequo et bono*“ či jako „*amiable compositeur*“, není řešení podle právní úpravy jednoho státu vhodné, a to z důvodu rizika narušení rovnováhy mezi stranami. V případě odkazu na „zákony a pravidla přirozené spravedlnosti“ tedy strany jasně projevíly vůli, aby jejich smluvní vztah byl podřízen hmotněprávním normám, které nejsou součástí konkrétního státního právního řádu¹⁷⁶.

3.5.3.2. PECL

Zařazení Principů evropského smluvního práva (PECL) mezi prameny NLM je diskutabilní, a to hned z několika důvodů. Jednak se nejedná o čistě obchodněprávní pramen, protože se mohou vztahovat také na úpravu spotřebitelských smluv, a dále se nejedná o pramen z hlediska teritoriální působnosti univerzální.¹⁷⁷ Naopak, pro jejich zařazení mezi prameny NLM hovoří samotné znění jejich čl. 1:101 odst. 3 písm. a), který uvádí, že principy mohou být aplikovány také tehdy, pokud si strany zvolí, že se jimi uzavřená smlouva řídí „obecnými principy právními“ či „*lex mercatoria*“. Rovněž z hlediska svého obsahu je zřejmé, že se Principy PECL hlásí k právním zásadám, které jsou s obsahem NLM shodné. Jako argument ve smyslu jejich „transnárodního“ charakteru lze uvést také skutečnost, že jejich záměrem je překonání rozdílů mezi kontinentální a anglo-saskou právní kulturou.¹⁷⁸

Je nutno poznamenat, že na PECL již Evropská unie navazuje novějším unifikačním

176 Viz. rozhodnutí Rozhodčího soudu ICC č. 7110, dostupné z: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, 1999, str. 39-54, dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=713&step=FullText>

177 ŠILHÁN, J., tamtéž, str. 110.

178 GOODE, R., tamtéž, str. 41.

projektem, tzv. Společným referenčním rámcem evropského práva (*Draft common frame of reference*, tedy DCFR). PECL hrají rovněž určitou roli v oblasti státní normotvorby, například přispěly k formulaci některých ustanovení nového občanského zákoníku, jak je poukázáno výše na příkladu formulace předmluvní odpovědnosti.

3.5.3.3. Smluvní doložky INCOTERMS 2010

Za jeden z aplikačně nejfrekventovanějších pramenů NLM lze považovat Smluvní doložky INCOTERMS 2010, které jsou vytvářeny Mezinárodní obchodní komorou v Paříži. Tyto doložky regulují zejména otázky související s dodáním zboží v mezinárodních kupních smlouvách, tedy například otázky přechodu nebezpečí na dodávaném zboží, otázky nákladů na přepravu, pojištění a jiné položky běžně se vyskytující v mezinárodním obchodu. Je na nich patrná inspirace mezinárodním obchodním právem, zejména CISG (např. v otázce přechodu nebezpečí na věci).¹⁷⁹ Za další významný pramen lze označit Zásady UNIDROIT.

Zásadním rozdílem v aplikaci těchto norem oproti nejvýznamnějšímu prameni mezinárodního obchodního práva, tedy CISG, je absence přímé závaznosti. Strany si musí tyto nestátní prostředky úpravy pro daný smluvní vztah výslovně zvolit, zatímco ustanovení CISG se aplikují na vztah mezi subjekty z členských států úmluvy přímo. Zásady UNIDROIT však mohou být aplikovány automaticky také tehdy, kdy si strany zvolí jako rozhodné právo „*lex mercatoria*“ či obecné principy mezinárodních obchodních smluv.¹⁸⁰

3.5.3.4. Smluvní podmínky FIDIC

Smluvní podmínky FIDIC jsou vydávány Mezinárodní federací konzultačních inženýrů jako vzorové podmínky pro smlouvy o dílo na zhotovení stavby a představují nejrozšířenější vzory ve stavebnictví, které jsou uznávány také veřejnoprávními subjekty, Evropskou unií, Evropskou investiční bankou či Mezinárodní rozvojovou

¹⁷⁹NOTTAGE, L., *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*, Legal Studies Research Paper, No. 06/51, 2006, str. 1 a násl.

¹⁸⁰NOTTAGE, L., *tamtéž*, str. 2.

bankou.¹⁸¹ Aplikovány byly také při realizaci některých veřejných zakázek na území České republiky.¹⁸² Federace je globálně působícím subjektem, který má k listopadu 2016 rovnou stovku členů – jednotlivých profesních komor v různých státech.¹⁸³ Za hlavní důvod pro existenci těchto podmínek jsou udávány mezery ve státní úpravě¹⁸⁴, lze se však na ně dívat také optikou tvořícího se *lex constructionis* jako podsložky NLM. Důvodem je specifická mezinárodních stavebních projektů, které si v případě aplikace státního práva žádají velmi specifický a detailní výklad ustanovení zákona. Ten přitom není vždy dostupný či uspokojivý. Vedle podmínek FIDIC lze jako součást *lex constructionis* označit jak jednotlivé obecné principy *lex mercatoria*, tak rozhodování mezinárodních rozhodčích soudů¹⁸⁵ a v širším smyslu také pravidla UNCITRAL pro mezinárodní smlouvy o dodávkách investičních celků (UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works)¹⁸⁶.

Specifikem smluvních podmínek FIDIC je zakotvení vícestupňového způsobu řešení sporů, kdy v prvním stupni je oprávněn rozhodnout správce stavby, následně je spor postoupen výboru pro řešení sporu (*Dispute Adjudication Board*) a až v případě neúspěchu nutného pokusu o smírné řešení je spor předložen k rozhodnutí rozhodčímu senátu.¹⁸⁷ Vícestupňový mechanismus řešení sporu je přitom specifikem pramenů NLM a bývá rovněž často sjednáván v mezinárodních obchodních smlouvách. Ve státní právní úpravě se s takto striktně vymezeným mechanismem nesetkáváme, neznamená to však, že by státní právo takové řešení znemožňovalo či nenabízelo jiné varianty než determinativní rozhodnutí před soudem či rozhodcem (typicky nabízí mediaci). Osobně se však v praxi setkávám spíše s opačným jevem, a to pokusem o smírné řešení až po zahájení soudního řízení a předložení některých klíčových důkazů ve věci (mnohdy poté, kdy je vyhlášena koncentrace v řízení a v hrubých rysech se dá odhadovat

181 DOBIÁŠ, P., a kol., *Recentní aspekty vnitrostátní a mezinárodní arbitráže*, Plzeň: Aleš Čeněk 2012, str. 7.

182 Konkrétně, např. při realizaci souboru staveb Městského okruhu. Dostupné z: http://www.praha.eu/public/aa/5d/c/1142934_153808_dil1cast1_1R5.pdf

183 Údaj dostupný z: www.fidic.org.

184 KLEE, L., *Smluvní podmínky FIDIC*, Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, str. 4.

185 BERGER, K.P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

186 Dostupné z: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1988Guide.html

187 DOBIÁŠ, P., a kol., *Recentní aspekty vnitrostátní a mezinárodní arbitráže*, Plzeň: Aleš Čeněk 2012, str. 8.

výsledek sporu). Nevýhodou samozřejmě je, že v této fázi je již spor vyeskalován a dosažení smíru, která je podmíněna dohodou, je složitější.

V případě postoupení sporu do třetí fáze podle čl. 20.6 – rozhodčího řízení před Rozhodčím soudem ICC – pak v závislosti na konstrukci ve smlouvě mohou být smluvní podmínky FIDIC hmotným právem, dle kterého je spor rozhodován. Procesně by se spor řídil právě jednacím řádem Rozhodčího soudu ICC.

Otázka arbitrability je v případě rozhodování o sporech z aplikace Smluvních podmínek FIDIC nesporná, zejména s přispěním toho, že se zde téměř výlučně jedná o majetkové nároky založené na čistě soukromoprávním základě.

3.5.3.5. Principy Trans-lex

Principy Trans-lex je možné považovat za specifický pramen práva, a to současně s vědomím, že s jejich označením jako „pramene“ práva lze polemizovat (pohledem státního práva by vůbec nebylo přípustné tuto sbírku jako pramen práva označit). Pro oblast NLM však mají nesporný přínos, protože jsou jediným doposud existujícím a dostatečně komplexním soupisem norem NLM. Jedná se o čistě soukromou, respektive akademickou sbírku norem, o kterých se autoři této sbírky domnívají, že mají být jádrem NLM. Tvůrcem této sbírky je tým ústavu CENTAL Kolínské univerzity, v jehož čele stojí prof. Klaus-Peter Berger, zastánce myšlenky transnárodního práva. Principy Trans-lex mohou mezi stranami působit zejména silou své argumentace, která je podložena odkazy na rozhodovací praxi mezinárodních rozhodčích soudů a publikační výstupy odborné veřejnosti. Často ale odkazuje také na normy státního a mezinárodního práva. Sbírka jmenuje celkem 134 principů, které v souhrnu tvoří poměrně koherentní kodifikaci NLM a upravují komplexně obecné aspekty obligačního práva a mezinárodním obchodu vč. Otázky soukromoprávních deliktů a otázek procesních, mezi nimi také otázku arbitrability, a to v kapitole XIII. Konkrétní cíle Principů Trans-lex rozvádějí autoři v osmi bodech¹⁸⁸, které lze shrnout do funkce interpretační, legislativní (pro inspiraci budoucí právní úpravy) a vědecké. Autoři také vyjádřili přesvědčení, že

¹⁸⁸Dostupné z: www.trans-lex.org

Principy Trans-lex lze použít jako rozhodné normy v případě, že si strany zvolí jako rozhodné právo „lex mercatoria“, „transnárodní obchodní právo“ či „obecné právní principy“.

Z hlediska zkoumaného tématu jsou relevantní zejména následující principy:

- i) Čl. XIII – ten systematicky upravuje oblast mezinárodní obchodní arbitráže, zejména pak platnost rozhodčí smlouvy (XIII.1), složení rozhodčího soudu (XIII.2), dále obsahuje procesní úpravu samotného řízení (XIII.3), pravidla závazná pro rozhodčí nález (XIII.4) a stanoví princip důvěrnosti rozhodčího řízení (XIII.4).
- ii) Čl. XIV.1. - právo rozhodné pro mezinárodní rozhodčí doložky. Zde je uvedeno, že platnost rozhodčí doložky bude posouzena podle práva zvoleného stranami, a při absenci volby práva potom práva platného v místě, kde se rozhodčí řízení koná.¹⁸⁹
- iii) Čl. XIV.2. - právo rozhodné pro mezinárodní smlouvy. Také zde je prvotním kritériem volba rozhodného práva stranami, která musí být výslovná, anebo musí vyplývat z podmínek smlouvy či daného případu. Při absenci volby se následně aplikuje princip nejužšího spojení a rozhodným právem bude právo, které má k danému případu nejužší vztah.¹⁹⁰

Ať již principy Trans-lex zahrneme přímo do pramenů NLM či nikoliv, nelze jim upřít velmi vysokou úroveň propracovanosti – jednotlivé principy jsou doprovázeny přímo autorským komentářem a odkazem na obdobnou právní úpravu v jiných pramenech transnárodního práva, popřípadě přímo rozhodnutí mezinárodních rozhodčích soudů.

3.5.3.6. Prostředky korporátní seberegulace

Jedná se o soubor specifických pramenů metaprávních norem, u nichž je sporadické, zda je jako součást NLM vůbec označit. Takové normy jsou vytvářeny jak samotnými

¹⁸⁹Princip č. XIV.1., dostupné z: www.trans-lex.org

¹⁹⁰Přímo v textu Principu č. XIV.2. se hovoří o „centre of gravity test“, „engster Zusammenhang“, tedy o nejužším spojení či „liens les plus étroits“.

korporacemi, tak profesními entitami, agenturami a jinými subjekty v oblasti mezinárodního obchodu, ale také za pomoci prostředků mezinárodního a státního práva. Pojem prostředků mezinárodní regulace v literatuře osciluje mezi dvěma významy:

- i) jako pojem zahrnující normy vydávané různými certifikačními autoritami za účelem regulace podnikatelských aktivit v určitých vymezených odvětvích a
- ii) jako normy mezinárodního o státního práva svěřující korporacím diskreci ve věcech úpravy přeshraničních obchodních vztahů.

Částečně tedy odpovídají kritériím pro normy NLM, zejména z hlediska jejich nestátního původu a regulaci mezinárodního obchodu, částečně však překračují rámec právní úpravy, protože obsahují úpravu velmi kazuistickou a technického charakteru.

Jejich funkcí je zejména unifikovat produktové výstupy korporací a tím organizovat i trh a jejich faktický význam je velmi vysoký. Zjevné je to u různých mezinárodních certifikací, např. certifikátů vydávaných v rámci ISO (ted „*International Organization of Standardization*“), tedy nevládní mezinárodní organizací, jejímž členem je 163 národních organizací¹⁹¹, za Českou republiku je členem Úřad pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví. Ačkoliv lze namítnout, že takové normy jsou již příliš vzdálené pojmu norem právních, mají v životě mezinárodních obchodních korporací mimořádný význam a do značné míry nahrazují státní legislativu v oblasti regulatoriky (tak, jak ji lze nalézt v legislativě v oblasti průmyslu). Korporace kladou rovnoměrně důraz na dodržování souladu jak s aktuální právní úpravou, tak s těmito prostředky korporátní seberegulace, protože jejich případné nedodržení může snadno vést k faktické sankci – vyřazení z relevantního trhu výrobků. Je také zajímavé pozorovat jev určitého doplňování této soukromé regulace s prameny mezinárodního či evropského práva, jak je patrné u nově účinného Nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR), jehož některé podmínky mohou být splněny zavedením certifikace ISO 27001¹⁹².

Prostředky korporátní seberegulace tedy fakticky tvoří součást mezinárodního

191 Dostupné z: www.iso.org

192 <https://www.itgovernance.co.uk/blog/how-iso-27001-can-help-to-achieve-gdpr-compliance/>

regulatorního rámce a umožňují interakce v mezinárodním obchodu minimálně stejnou mírou, jak to činí právo mezinárodního obchodu, přesto je zařazují mezi prameny NLM s výhradou spočívající v jejich metaprávním charakteru.

3.6. Shrnutí kapitoly

Výčet pramenů uvedený v této kapitole je neuzavřený; jako pramen NLM jsou některými autory jmenovány také prameny mezinárodního práva, například úmluva CMR (tedy *Convention Merchandise Routière*, neboli Úmluvu o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční dopravě, v České republice vyhlášena vyhláškou Ministra zahraničí č. 11/1975 Sb.), anebo CISG¹⁹³.

Přípokusu o alespoň demonstrativní výčet aktuálních pramenů NLM vystupuje do popředí základní metodologický problém NLM, a tím je neformálnost tohoto systému práva. U státních norem je nesporné, že tvoří součást určitého právního řádu (typicky z důvodu publikace ve sbírce zákonů v případě českého práva). U NLM se nelze ničeho podobného dovolávat. Zařazení určitých pramenů mezi normy NLM tak bude vždy jen orientační, přičemž některé prameny budeme mít tendenci vnímat jako nesporné součásti NLM, jakési jeho „jádro“, zatímco charakter jiných norem bude nejasný. Na straně druhé, nespornost zařazení určitého pramene mezi normy NLM není podmínkou jeho platnosti pro určitý smluvní vztah, respektive pro určité rozhodčí řízení. To závisí výlučně na vůli smluvních stran a jejich zvážení možných důsledků této volby pro otázky uznání a výkonu rozhodčího nálezu.

Paradoxně tak k vymezení konkrétní rozsahu NLM může přispět střet některých norem, které jsou do tohoto právního systému řazeny se systémem, který je obsahově jasnější – tedy právem státním.

193 BERGER, K.P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

4. NLM V MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ ARBITRÁŽI A POJEM ARBITRABILITY

4.1. Pojem rozhodčího řízení v moderní teorii mezinárodní obchodní arbitráže, vymezení arbitráže komparací se soudním civilním řízením sporným

Rozhodčí řízení je napříč dnešními právními řády zavedenou a široce akceptovanou metodou řešení sporů z obchodních vztazích, kterou můžeme vnímat jako alternativní poměrem k řešení sporů před soudy, nikoliv však jako alternativní způsobem řešení těchto sporů či významem pro mezinárodní obchod – pro ten se jedná o metodu zcela standardní.

Bělohlávek nabízí definici, že: „rozhodčí řízení bývá nejčastěji definováno v obecné rovině jako prostředek, v jehož rámci je rozhodování o zájmech jedné nebo více osob svěřeno jedné jiné nebo více jiným osobám – rozhodcům –, které odvozují svou pravomoc od dohody stran (v rámci objektivní a subjektivní arbitrability), nikoli od orgánů státu.“¹⁹⁴ Ve své definici tedy podtrhuje základní rozdíl oproti soudnímu řízení ve zdroji pravomoci, kterou je dohoda stran sporu.

Líbí se mi definice, kterou uvádí Růžička, a to, že „*rozhodčí řízení můžeme charakterizovat jako řízení o aktuálním, již existujícím sporu mezi stranami, přičemž musí jít o spor právní, a zároveň existuje někdo, kdo je schopný a ochotný takový spor řešit.*“¹⁹⁵ Z této definice je patrná autonomní povaha rozhodčího řízení a jistý odstup od metody řešení sporů před státními soudy, když řešením právních sporů mohou být pověřeny také osoby, které nemají nutně jen právní vzdělání; podle české právní úpravy musí být rozhodce ve většině případů zletilý, bezúhonný a svéprávný, podmínka právního vzdělání v obecné rovině stanovená není.¹⁹⁶

Mezi rozhodčím řízením a klasickým řízením soudním samozřejmě existuje řada paralel

194BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012.

195Růžička, K., in: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 762.

196 Viz. § 4 odst. 1 ZRŘ.

a mnohé jejich instituty jsou podobné. Zásadní podobností je skutečnost, že v obou případech se jedná o determinativní způsob řešení sporů – výsledkem je závazné rozhodnutí, a to na rozdíl například od mediace, negociace a jiných forem, které k autoritativnímu rozhodnutí nevedou. Na oba druhy řízení se dále vztahuje zásada nezávislého a nestranného rozhodování, pro oblast rozhodčího řízení stanovena v § 1 písm. a) ZRŘ.¹⁹⁷ Rovněž postavení stran by mělo být rovné. Strany mají právo navrhnout provedení důkazů, které mají být hodnoceny v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů. Za zásadní rozdíly lze v praktické procedurální rovině považovat jednostupňovost, neveřejnost rozhodčího řízení a zejména pak skutečnost, že základem arbitráže je dohoda stran. Rovněž ústavní princip práva na zákonného soudce¹⁹⁸ nenalezne v rozhodčím řízení přímo uplatnění, byť jistou paralelou může být pravomoc předsedy rozhodčího soudu jmenovat členy rozhodčího senátu¹⁹⁹.

Za zajímavou paralelu mezi řízením před státním soudem a před soudem rozhodčím lze nalézt také v otázce náhrady škody. Na straně státních soudů se nabízí uplatnění nároku na náhradu škody v důsledku nesprávného úředního postupu. U soudu rozhodčího bychom hovořili o nároku z titulu soukromoprávní náhrady škody. Jak uvedl Nejvyšší soud v usnesení sp.zn. 25 Cdo 2179/2015 ze dne 23.11.2016, „odpovědnost rozhodce za škodu lze shledat pouze při naplnění předpokladů obecné odpovědnosti dle § 420 obč. zákoníku tehdy, jestliže protiprávní jednání rozhodce bezprostředně vedlo ke zrušení rozhodčího nálezů.“ Dále v odůvodnění soud uvedl, že „samotné zrušení rozhodčího nález při absenci protiprávního jednání rozhodce nezakládá jeho odpovědnost za škodu.“ Je tedy třeba naplnit podmínky, které zákon spojuje se vznikem odpovědnosti za škodu.

Konstrukce odpovědnosti za škodu rozhodce tedy spočívá v soukromoprávním institutu náhrady škody; odpovědnost státního soudu za způsobenou škodu je konstruována veřejnoprávně, za pomoci institutu nesprávného úředního postupu ve smyslu zákona č.

197 Jak uvedl Nejvyšší soud ČR v rozsudku sp.zn. 23 Cdo 3150/2012 ze dne 30.09.2014: „Princip nezávislého a nestranného rozhodování, jež je určující pro rozhodování soudců, se uplatní i pro rozhodování rozhodců.“

198 Viz. čl. 38 odst. 1 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb. O vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky

199 Zde se jedná o institut ustavení rozhodčího senátu nebo jmenování jednoho rozhodce předsedou rozhodčího soudu podle § 23 Řádu Rozhodčího soudu při HKČR.

82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím anebo nesprávným úředním postupem. Zákon v § 3 písm. a) obecně uvádí, že stát odpovídá za škodu, které způsobily státní orgány, tedy rovněž orgány moci soudní. Ačkoliv dopady možných nezákonných či nesprávných rozhodnutí dle tohoto zákona se budou nejčastěji vyskytovat v oblasti trestněprávní (typicky v podobě nezákonného rozhodnutí o vzetí do vazby, o trestu či ochranném opatření), představitelné jsou také možné nezákonné zásahy v rovině soudnictví v soukromoprávních věcech. Zde by šlo zejména o neodůvodněné průtahy v řízení či jiné pochybení či nezákonná rozhodnutí, která by vedly ke škodě, například ve formě ztráty nároku poškozené strany. Aplikační možnosti uvedeného zákona jsou však obecně velice široké.²⁰⁰

4.2. Základní druhy rozhodčího řízení

V teorii arbitráže převládá klasické dělení na rozhodčí řízení *ad hoc* a rozhodčí řízení institucionalizované, tedy před stálým rozhodčím soudem. Zatímco za *ad hoc* rozhodčí řízení lze považovat takové řízení, kdy si až strany, resp. rozhodčí soud jimi ustavený, tvoří pravidla rozhodčího řízení pro daný případ, za institucionalizovanou arbitráž lze považovat tu, která probíhá před stálým rozhodčím soudem, tedy takovým, který má obvykle sídlo, statut, statutární orgány jednající jeho jménem, předem připravená pravidla řízení a pravidla o nákladech vč. sazebníku a stálý administrativní aparát.²⁰¹ Takový soud vykazuje všechny známky instituce, která trvá nezávisle na rozhodování určitého konkrétního sporu a v určitém ohledu připomíná soudy státní.²⁰²

České právo pro takový soud v ust. § 13 ZRŘ stanoví podmínku, že musí být zřízen zákonem nebo jeho zřízení musí zákon výslovně připouštět.²⁰³ Takové soudy existují na

200 Nesprávným úředním postupem je i nečinnost prezidenta republiky spočívající v nevydání rozhodnutí o návrhu vlády na jmenování žalobce do funkce soudce. Rozsudek MěS v Praze ze dne 30. 3. 2010, sp. zn. 30 Co 30/2010, citace z: VOJTEK, P., Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci: Komentář, 3. vyd., C.H.Beck, 2012.

201 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 91.

202 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 93.

203 Zákon č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů.

území České republiky aktuálně tři²⁰⁴, na mezinárodní úrovni lze stálých rozhodčích soudů, byť ne přímo ve smyslu kritérií českého práva, nalézt podstatně více a vzhledem k tomu, že jejich právní podklad bude různý, bude takový výčet neuzavřený. Za nejvýznamnější lze nicméně označit Rozhodčí soud při MOK v Paříži, Londýnský soud mezinárodního rozhodčího řízení, Arbitrážní institut Stockholmské obchodní komory či Arbitrážní a mediační centrum WIPO. Žádná norma státního práva však jejich výčet neobsahuje, a tudíž bude nejdůležitějším kritériem pro jejich výčet faktický význam pro rozhodování mezinárodních obchodních sporů.

Z uvedeného výčtu je možné vysledovat také další podstatné dělicí kritérium, a sice dělení na rozhodčí řízení vnitrostátní a mezinárodní. Za vnitrostátní je možné v kontextu označit to rozhodčí řízení, které v souladu s § 1 odst. 3 Řádu rozhodčího soudu při HK ČR řeší spory, ve kterých mají všichni účastníci sídlo či bydliště na území České republiky, případně spory, ve kterých pobočky zahraničních osob, anebo pobočky vykonávající činnost dle zvláštního zákona, mají sídlo či bydliště na území České republiky a jsou vedeny v obchodním rejstříku.²⁰⁵ Mezinárodní rozhodčí řízení není v českém právním řádu přímo definováno²⁰⁶. Právní věda pod pojmem mezinárodní arbitráže rozumí „způsob řešení sporů o majetkové nároky vzniklé z provádění mezinárodního obchodního styku mezi fyzickými a právnickými osobami (obchodníky, podnikateli).“²⁰⁷ Podmínka „mezinárodnosti“ rovněž není nijak exaktně stanovena, nicméně lze se domnívat, že se bude jednat zejména o případy sporů mezi subjekty s bydlištěm či sídlem v různých státech, či případy plnění určitého smluvního vztahu

204 Rozhodčí soud při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR, Burzovní rozhodčí soud při Burze cenných papírů Praha, a.s., Rozhodčí soud při Českomoravské komoditní burze Kladno.

205 RŮŽIČKA, K., Neaplikování „Římů“ v tuzemském rozhodčím řízení, Právní fórum, Wolters Kluwer, 10/2010, str. 497 a násl.

206 Jen do určité míry si lze pomoci definicí prof. Šturmy vztahující se zjevně k arbitráži mezistátní ve veřejnoprávním smyslu: „Rozhodčí řízení mezinárodní neboli mezinárodní arbitráž je jedním z prostředků pokojného urovnávání sporů za účasti třetí strany. Tímto nestranným orgánem je ad hoc ustavený rozhodce nebo rozhodčí soud. Sporné strany nejen ovlivňují výběr rozhodců, ale též mohou určit, podle kterých pravidel se bude spor rozhodovat. Výsledkem řízení je právně závazný nálezn. Souhlas s řešením sporu cestou R. může mít formu dohody ad hoc (kompromis), speciální arbitrážní dohody (pro budoucí spory), arbitrážní doložky obsažené v jiné smlouvě, popř. souhlasu daného mlčky. Hlavní zásady mezinárodní arbitráže byly kodifikovány v Haagské úmluvě o pokojném urovnávání mezinárodních sporů (1907). Od R. mezi státy je třeba odlišovat mezinárodní obchodní arbitráž, kde strany sporu, popř. alespoň jednu z nich, tvoří nestátní subjekty (soukromé osoby fyzické či právnické).“ ŠTURMA, Pavel. Rozhodčí řízení mezinárodní. In: HENDRYCH, Dušan, BĚLINA, Miroslav, FIALA, Josef, ŠÁMAL, Pavel, ŠTURMA, Pavel, ŠTENGLOVÁ, Ivana, KARFÍKOVÁ, Marie. Právní slovník. 3. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009.

207 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 57.

napříč více jurisdikcemi. Nelze však vyloučit ani existenci jiných kritérií²⁰⁸.

Hranice mezi arbitráží vnitrostátní a mezinárodní není zcela ostrá ani ve světle judikatury Nejvyššího soudu, ze které vyplývá, že je možné platné sjednání rozhodčí doložky k zahraničnímu rozhodčímu orgánu i v případě, kdy se věc týká sporu s výlučně vnitrostátními prvky a kde obě strany sporu mají sídlo v České republice²⁰⁹.

Pro účely této práce a tématu NLM jako takového má relevanci prakticky výlučně oblast arbitráže mezinárodní; vnitrostátní rozhodčí řízení, jehož všechny podstatné prvky se nacházejí na území České republiky (často se jedná například o spory s tzv. „slabší smluvní stranou“, do kterých zasahuje právní úprava intenzivněji), je principiálně spíše oblastí práva státního a evropského a oblast NLM do něj převážně nezasahuje.

4.3. Mezinárodní rozhodčí řízení: pojem

Povaha mezinárodního rozhodčího řízení se dá rozlišit na absolutní a relativní, tedy na případy, kdy je zřejmá bez ohledu na to, z pohledu kterého právního řádu dané řízení posuzujeme (absolutní) či se jedná o případ, kdy řízení považováno za mezinárodní jen z hlediska určitého právního řádu (relativní).²¹⁰ Klíčová je tedy existence určitého mezinárodního prvku ve vztahu k řízení. Pro jeho identifikaci se aplikuje trojice kritérií: kritérium stran sporu, kritérium povahy sporu a tzv. kombinovaný přístup.²¹¹ Poslední zmíněný přístup zahrnuje dva předchozí uvedené a je např. patrný z čl. 1 odst. 3 vzorového zákona o mezinárodním rozhodčím řízení.²¹² Kombinovaný přístup upřednostňují také ostatní soudobé prameny úpravy mezinárodního rozhodčího řízení, např. Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži v čl. 1 písm. a), která stanoví, že úmluva se vztahuje na „arbitrážní smlouvy uzavřené za účelem urovnání sporů, které

208 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž.

209 BŘÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014, komentář k § 117 ZMPS.

210 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 59.

211 MAKARIUS, V., Rozhodčí smlouvy v mezinárodním obchodě, Prevence, plánování a řízení sporu v mezinárodním obchodě, 1. vyd.: Praha C.H. Beck, 2015, str. 7.

212 Vzorový zákon UNICTRAL o mezinárodní obchodní arbitráži, dostupný z: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

vzešly nebo vzejdou z provádění mezinárodního obchodu mezi fyzickými anebo právníckými osobami, které při uzavírání smlouvy měly svůj obvyklý pobyt nebo sídlo v různých členských státech.“²¹³ Pojem „mezinárodního obchodu“ však v čl. I odst. 2 (tedy mezi definicemi) vysvětlen není.

Sporné může být také to, kdy lze určité rozhodčí řízení nazvat „obchodním“. Pojem obchodního sporu je proto často ponecháván na národních právních úpravách²¹⁴. Např. NYU stanoví v čl. I odst. 3, že „každý stát může také prohlásit, že bude používat NYU jen na spory vzniklé z právních vztahů smluvních či mimosmluvních, jež jsou pokládány podle jeho vnitrostátního právního řádu za spory obchodní.“ I zde úprava mezinárodní obchodní arbitráže naráží na úpravu státního práva. Rovněž české právo není v zodpovězení této otázky zcela jednoznačné, zejména po provedení rekodifikace českého soukromého práva, v jejímž důsledku již z právní úpravy přímo nevyplývá rozdělení na obchodní závazkové vztahy a závazky „ostatní“ (nyní se na všechny závazky použije úprava části čtvrté zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku) a akcentuje se pouze speciální režim smluvních vztahů se slabší stranou, typicky spotřebitelem.

Citovaný Vzorový zákon UNCITRAL vykládá pojem „obchodního sporu“ jako takový, který pokrývá veškeré záležitosti vyplývající ze všech vztahů obchodního charakteru, ať již smluvních či jiných. Demonstrativně v poznámce č. 2 k čl. 1 odst. 1 pak uvádí následující spory: obchodní transakce o prodeji zboží či služeb, služby factoringu, consultingu, obchodního zastoupení, distribuční smlouvy, investice, financování a pojištění a další.²¹⁵

4.4. Role rozhodčího řízení v NLM

4.4.1. Faktický a ekonomický význam mezinárodní obchodní arbitráže

Mezinárodní arbitráž je nepochybně zavedeným způsobem řešení sporů z

²¹³ Vyhláška ministra zahraničních věcí č. 176/1964 Sb. o Evropské úmluvě o obchodní arbitráži

²¹⁴ MAKARIUS, V., tamtéž, str. 10

²¹⁵ Viz čl. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži

mezinárodního obchodu, nemůže se však jednat o metodu převažující. To je zjevné ze statistik, které nám podávají informaci a skutečném počtu takto řešených případů. Z recentní literatury je možné poukázat na statistiky, které uvádějí Mattli a Dietz²¹⁶ a ze kterých vyplývá následující. Počet projednávaných případů pěti zavedených mezinárodních rozhodčích soudů (AAA/ICDR, ICC, SIAC, LCIA, SCC) vzrostl mezi léty 1992 a 2011 z 606 na 2368 případů (přičemž od krizového roku 2008 se počet sporů zvýšil z 1826 na 2368), přičemž nejvyšší nárůst zaznamenalo rozhodování před AAA/ICDR a rozhodčím soudem ICC (v obou případech násobný růst). Rostoucí tendenci má také rozhodovací činnost rozhodčích soudů ve specializované formě arbitráže, např. rozhodování ICSID či rozhodování námořních sporů před LMAA²¹⁷ Mírně rostoucí počet konaných arbitráží u hlavních rozhodčích institucí potvrzuje také Dietz, který konstatuje zvýšení počtu konaných rozhodčích řízení u sedmi hlavních institucí²¹⁸ z 2197 v roce 2003 na 3039 v roce 2010.

Zároveň je však upozorňováno na to, že se jedná pouze o velmi obecnou představu o reálném významu arbitráže jako takové pro oblast mezinárodního obchodu, zejména s ohledem na skutečnost, že významná část rozhodčích řízení probíhá důvěrně, u rozhodčích tribunálů sestavených ad hoc, a jejich výsledek není nikdy publikován. Relativně malý počet konaných rozhodčích řízení dle studie Dietze (viz výše) tak nepodává zcela reprezentativní obrázek o skutečném dopadu rozhodčího řízení do mezinárodního obchodu.²¹⁹ Je rovněž vyjádřena hypotéza, že cca. 90% veškerých rozhodčích nálezů je povinnou stranou splněno dobrovolně a vůbec nedospěje do stádia výkonu.

Callies upozorňuje na nepoměr mezi počtem obchodních sporů řešených u německých státních soudů a počtem sporů řešených v rozhodčím řízení, kterých je výrazně méně. Zároveň si však všímá, že průměrná hodnota předmětu sporu je značně vyšší u sporů

216MATTILI, W., DIETZ, T., *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford University Press, 2014, str. 2 a násl.

217The London Maritime Arbitration Association. Další údaje dostupné z: <http://www.lmaa.london/default.aspx>.

218Jedná se o: ICC, LCIA, SCC, AAA, HKIAC, CIETAC, DIS.

219HALE, T., *Effect of Arbitration on Trade*, in: MATTILI, W., DIETZ, T., tamtéž, str. 202.

řešených před rozhodci²²⁰. Toto faktické *ratio valoris* rovněž vypovídá o mezinárodní arbitráži jako specializovanější formě rozhodování sporů z mezinárodního obchodu.

Ekonomickým pohledem je možné s jistou rezervou a s vědomím značné nepřesnosti odhadu shrnout, že mezinárodní obchodní arbitráž nadále představuje rostoucí trh, zejména v oblasti rozhodování sporů vyšší hodnoty, ale velmi pravděpodobně se nejedná o převažující způsob řešení sporů z mezinárodních obchodních vztahů.²²¹ Naopak, strany zjevně výrazně preferují jak řešení sporů před soudy státními, tak volbu národního práva jako práva rozhodného pro jejich vzájemný smluvní vztah.²²² Nejčastějším důvodem pro tuto volbu je jistota smluvních stran ohledně obsahu zvoleného práva. Ta je pochopitelně vyšší u práva státního. Preference státního práva je logická také s ohledem na mechanismy poskytování právních služeb prostřednictvím advokacie; ta je regulována téměř výlučně na státní úrovni²²³. Doporučení, aby se určitý vztah řídil jiným právem, než právem státním představuje pro advokáta určité omezení jeho působnosti, resp. riziko, že vystaví klienta určité míře nejistoty. Z vlastní zkušenosti mohu potvrdit, že rozhodčí doložka byla součástí zejména velmi komplexních smluv mezi stranami z různých jurisdikcí, a to smluv velmi často s vysokým plněním. U sjednávání „běžných“ obchodněprávních smluv mají strany tendenci preferovat příslušnost státního soudu pro řešení sporů, mnohdy také na návrh fakticky silnější smluvní strany (například zadavatele určité obchodní soutěže), která si takovou podmínkou redukuje rizika na své straně.

Hale ve své studii upozorňuje ještě na jeden zajímavý efekt zajištění silného právního rámce pro oblast mezinárodního rozhodčího řízení, a sice v podobě přímého dopadu do intenzity obchodní aktivity mezi členskými státy NYÚ, logicky nejvíce mezi zeměmi, které nemají dostatečně kvalitní a rychlou soudní soustavu.²²⁴

220 CALLIES, G., P., *Lex Mercatoria*, ZenTra Working paper in transnational legal studies, 52/2015, dostupné z: www.ssrn.com

221 MATTLI, W., DIETZ, T., *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford University Press, 2014, str. 171.

222 MATTLI, W., DIETZ, T., tamtéž, str. 179.

223 Výjimku představuje například evropská úprava poskytování právních služeb, a to prostřednictvím směrnice 77/249/EHS, jež upravuje poskytování právnických služeb a směrnici č. 98/5/ES, která upravuje výkon právnických povolání na trvalém základě v jiném státě, než ve kterém byla kvalifikace získána.

224 HALE, T., tamtéž, str. 213.

Goldstajjn považuje institut mezinárodní arbitráže za jeden ze základních prvků celé doktríny *lex mercatoria*, staví ji významem vedle principů *pacta sunt servanda* a princip smluvní autonomie stran a uvádí, že „vložení rozhodčí doložky do mezinárodních obchodních smluv je esenciální předpoklad pro existenci autonomního právního řádu mezinárodního obchodu.“²²⁵ Vazbu mezi NLM a teorií arbitráže však můžeme chápat také jiným pohledem, a to jako určitou nutnost, bez které by se NLM nemohlo jako svébytný systém vůbec vyvinout. Je totiž nepředstavitelné, že by státní soudy ve větší míře – byť nepochybně mohou normy nestátního původu brát při rozhodování mezinárodních obchodních sporů do úvahy – dle alternativního systému práva rozhodovaly.

4.4.2. Právní význam mezinárodní obchodní arbitráže pro oblast NLM

V čistě právní rovině má rozhodčí řízení pro oblast NLM zcela klíčový význam, a to hned ve dvou ohledech:

- a) institucionalizované rozhodčí soudy tvoří *de facto* soudní soustavu NLM tím, že podle norem NLM rozhodují a odkazují na ně ve svých rozhodnutích;
- b) rozhodování těchto soudů nejen že přispívá k výkladu norem NLM, ale dokonce je přímo spoluvytváří. To odpovídá zejména Goldmannovu vymezení pramenů NLM (srov. výše).

Uvedené dělení je možné přijmout jen za předpokladu, že vycházíme z tzv. „transnárodní“ koncepce mezinárodní obchodní arbitráže. Ta stojí v opozici k pohledu „teritoriálnímu“, který spojuje konkrétní rozhodčí řízení se státním právem platným v místě konání rozhodčího řízení. Přístup transnárodní, který je ze západních jurisdikcí akceptován ve Francii (a to jak závěry právní vědy, tak v závěrech francouzských soudů) stojí na myšlence samostatného nestátního právního základu pro rozhodčí řízení. Takový přístup ve svém důsledku vede až k úplné ztrátě významu mezinárodního

225 GOLDSTAJN, A., *The New Law Merchant Reconsidered*, in: *Festschrift Schmitthoff*, Frankfurt, 1973, dostupné z: www.trans-lex.org

soukromého práva pro oblast mezinárodního rozhodčího řízení.²²⁶

Pokud tedy „soustava“ mezinárodních rozhodčích soudů skutečně tvoří soudní soustavu NLM, měla by kromě samotné rozhodovací činnosti význam také v oblasti sjednocování rozhodování podle norem NLM. Ta je ve státních soudních soustavách zajištěna hierarchií soudů s tím, že rozhodnutí nejvyšších soudů judikaturu těch nižších sjednocují. To je zjevné např. z konstrukce mimořádného opravného prostředku v českém právu, dovolání, jehož přípustnost je dána ve smyslu ust. § 237 OSŘ jen tehdy, pokud se odvolací soud odchýlil při svém rozhodnutí od ustálené rozhodovací praxe dovolacího soudu. Žádné podobné prostředky sjednocování judikatury napříč rozhodčími soudy však formálně stanoveny nejsou. Lze tak předpokládat, že sjednocování rozhodovací praxe rozhodčích soudů rozhodujících dle NLM bude probíhat „horizontálním“ způsobem, tedy tak, že rozhodčí soudy budou v odůvodnění svých rozhodnutí odkazovat na publikovaná rozhodnutí stálých rozhodčích tribunálů, které jsou všeobecně uznávány. Bylo by však do značné míry paradoxní, že právě ve světě mezinárodní obchodní arbitráže, kde neexistuje možnost prostřednictvím rozhodování nadřízeného soudu sjednocovat judikaturu „shoda“, by nebyla akcentována snaha o alespoň faktické sjednocování rozhodovací praxe, a to zejména za situace, kdy by měl být etablován nestátní právní řád, jehož by byly mezinárodní rozhodčí tribunály soudní soustavou.

4.5. Mezinárodní obchodní arbitráž jako projev vůle smluvních stran

Význam principu smluvní autonomie je pro arbitráž naprosto klíčový; autonomie vůle stran je ideovým základem rozhodčího řízení, který se odráží v základu právním – smlouvy o rozhodčím řízení. Lando dokonce (byť v jednom ze svých starších článků) uvádí, že se není znám případ, kdy by rozhodce ignoroval výslovnou volbu rozhodného práva učiněnou stranami z důvodu nedostatečné vazby provedené volby k tomuto právu, byť dochází k tomu, že volba práva není respektována z důvodu nedostatečné vazby k určitému smluvnímu vztahu.²²⁷ Je tak zřejmé, že soudobé standardní státní právní řády

²²⁶PORT, N., OTTO, D., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Wolters Kluwer, 2010, str. 44.

²²⁷LANDO, O., The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in: Sarcevic (ed.), Essays on

rozhodčí řízení široce umožňují, v pozměněné podobě byla arbitráž upravena také v právu totalitním.²²⁸

Už Demosthenes měl jasno v tom, že pokud mají strany ve sporu ohledně smlouvy mezi nimi uzavřené zájem jmenovat rozhodce pro rozhodnutí takového sporu, pak si mohou zvolit kohokoliv chtějí, nicméně když tak učiní, mají se podříditi jeho rozhodnutí a neměly by předkládat ten stejný spor jinému soudu.²²⁹ Zde se tak akcentuje role rozhodčí smlouvy jako základu pro konání rozhodčího řízení. Tato smlouva je základním projevem autonomie smluvních stran v rozhodčím řízení a základem arbitráže jako takové. V tom lze rovněž spatřovat zásadní rozdíl oproti klasickému soudnímu řízení, ve kterém se nevyžaduje žádná forma konsensu mezi stranami před vznikem sporu jako takovým. V původní podobě je princip smluvní autonomie skutečně stěžejní. Takto může být v rozhodčím řízení vyřešeno „cokoliv, s čím může být nakládáno“²³⁰. Tím jsou míněny také spory, které nemají peněžní charakter, například v oblasti práva rodinného. Volnost v takovém rozsahu však bývá omezována hranicemi objektivní arbitrability dle státních úprav.

Také česká právní věda přiznává autonomii vůle smluvních stran klíčový, nikoliv však neomezený význam pro rozhodčí řízení. Například Rozehnalová uvádí, že rozhodčí řízení vzniká spolupůsobením tří složek, a to:

- a) autonomie vůle (jak účastníků řízení, tak rozhodců),
- b) procesními garancemi státu vůči řízení samému, ale také vůči výsledku, tedy rozhodčímu nálezu a
- c) spolupůsobením obecných soudů, které se projeví jednak ve funkcích

International Commercial Arbitration, Boston, London 1991, str. 129.

228 Dokonce i v socialistickém právu (Československé socialistické republiky) bylo rozhodčí řízení přípustné, a to například v podobě tzv. hospodářské arbitráže, upravené v zákoně č. 121/1962 Sb., o hospodářské arbitráži. Jejím úkolem bylo ve smyslu § 1 zákona: „projednávání a rozhodování sporů vznikajících při podnikatelské činnosti a při hospodářském styku mezi účastníky hospodářských vztahů a provádění výkonu arbitrážních rozhodnutí.“ Jednalo se tedy o analogii obchodní arbitráže dnes upravené v ZŘŘ. Výslovně vyloučené však byly spory z majetkových vztahů v mezinárodním obchodním styku či spory z přepravních smluv, které se týkají dovozu a vývozu zboží.

229 DEMOSTHENES, Médeia, oddíl 94, 361 př.n.l., dostupné z: <http://www.trans-lex.org/801070>

230 A. MacDowall, Lord Bankton, An Institute of Laws of Scotland in Civil Rights, 1751, In: BARTOŠ, D., DOBIÁŠ, P., Skotský zákon o rozhodčím řízení z roku 2010 v porovnání s českou právní úpravou, Jurisprudence, č. 40, r. 2015.

pomocných (náhradní jmenování rozhodců, odvolávání rozhodců, výslech svědka), ale také ve funkcích kontrolních (institut zrušení rozhodčího nálezu, otázky uznání a výkonu rozhodčího nálezu).²³¹

Z výčtu těchto tří prvků je zřejmé, že se v jádru zabývají vztahem rozhodčího řízení a státní ingerence do něj. Myšlenka autonomie zde vystupuje vůči státní moci v komplikovaném vztahu, kdy je na jednu stranu státní mocí garantována (bod 2 výše), na straně druhé usměrňována (bod 3 výše). Státní právo tedy v klasickém pojetí stanoví rozhodčímu řízení a pojetí autonomie stran i rozhodčího soudu mantinely.

Z uvedeného výčtu je také znatelný důraz kladený na vztah státu a rozhodčího řízení. Ten je také jádrem jednotlivých klasických doktrín rozhodčího řízení, tedy doktríny jurisdikční (rozsudková), smluvní (kontraktační), smíšené (hybridní) a autonomní (nezávislá). Tyto teorie také pomáhají v řešení otázky, zda je rozhodčí nález exekučním titulem.²³² Zatímco doktrína jurisdikční je ze své podstaty „etatistická“ (a aktuálně se k ní přiklání také rozhodovací praxe vrcholných českých soudů²³³), pohledem teorie smluvní a zejména autonomní je možné vnímat rozhodčí řízení také jako institut transnárodního práva. Odpoutání arbitráže od státního práva, tedy tzv. denacionalizace, je dokonce uváděna jako přímý účinek koncepce autonomní teorie.²³⁴ Zároveň se však zdůrazňuje, že tato teorie je teorií okrajovou, která nemá oporu v aktuální judikatuře českých soudů, ani v závěrech právní vědy, která dokonce výsledek rozhodčího řízení – nález – považuje za institut obhajitelný jen pohledem doktríny jurisdikční.²³⁵ Teorie autonomní je orientovaná na subjekty rozhodčího řízení. Vychází z představy, že právní úprava musí odpovídat představám a očekáváním jejích uživatelů.²³⁶

Domnívám se, že u vymezení jednotlivých doktrín je nutné rozlišovat mezi pohledem aplikace v praxi a pohledem teoretickým či *de lege ferenda*. Dostupná judikatura

231 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 68 a násl.

232 Růžička, K., in: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 763.

233 Např. viz I. ÚS 3227/07

234 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 77.

235 ROZEHNALOVÁ, N., str. 80.

236 Růžička, K., tamtéž.

státních soudů osciluje mezi pohledem smluvním²³⁷ a jurisdikčním. Důsledkem přijetí smluvní teorie arbitráže je, že rozhodce právo nenalézá, ale dotváří smluvní vztah, tedy narovnává jej. V takovém případě by dle názoru Ústavního soudu neměla být tato činnost dotčena nalézací činností obecného soudu, a tedy ani přezkumu po hmotněprávní stránce.²³⁸

Pokud bychom však mezinárodní rozhodčí řízení viděli pouze pohledem převažující teorie jurisdikční, což je pohled, který zastává Ústavní soud ve zmíněném rozhodnutí I. ÚS 3227/07, pak je třeba konstatovat, že smluvní volnost rozhodně není neomezená. Ústavní soud pro podporu tohoto pohledu zejména uvedl, že rozhodčí řízení zůstává druhem civilního procesu, vydání rozhodčího nálezu zakládá překážku věci rozsouzené a že volba rozhodčího řízení nemá mít za následek vyloučení či snížení úrovně ochrany, která by se stranám dostala v civilním řízení soudním. To má být také podmínkou, proč je možné arbitráž nazvat alternativní metodou řešení sporů. Doslova soud uvedl, že: „projednání věci před rozhodci nemá být popřením právní ochrany, ale toliko jejím přenesením ze soudů na rozhodce, nemůže se stát zcela zbavit ingerence v této oblasti, ale musí si udržet určitou kontrolní funkci...“, avšak následně uvedl, že soud nemůže v celém rozsahu posuzovat hmotněprávní hodnocení věci rozhodčím soudem a představovat tedy quasi odvolací řízení. Kontrolní role soudů se tak může projevit jen v otázce posouzení klíčových procesních okolností daného řízení, což odpovídá také právní úpravě ve Vzorovém zákonu UNCITRAL či v § 1059 německého ZPO.²³⁹

Státní právo si tak stanoví vlastní limit pro ingerenci do rozhodčího řízení; zároveň je však zřejmé, že se od dosahu státního práva nelze zcela odpoutat. Je tedy možné říct, že zatímco teorie smluvní a jurisdikční tím, že přiznává jistý prostor pro přezkum rozhodčích nálezů soudy (byť z hlediska dodržení konkrétních procesních limitů), představuje realistické pojetí charakteru mezinárodní arbitráže, pohybuje se teorie autonomní v rovině teoretického zájmu a úvahy o budoucí realitě. Aby však NLM bylo v procesní oblasti mělo charakter zcela autonomního právního řádu, bylo by i metodu řešení jeho sporů vnímat autonomním pohledem.

237 Například v rozhodnutích sp.zn. IV. ÚS 174/02, IV. ÚS 435/02, III. ÚS 460/01.

238 Viz rozh. I. ÚS 3227/07

239 Viz. odst. 31 a 32 nálezu Ústavního soudu I. ÚS 3227/07

Nutnost ingerencí státní právní úpravy do oblasti arbitráže, a to včetně arbitráže mezinárodního obchodu, je zřejmá, což dokládá také skutečnost, že řada významných rozhodnutí pro vymezení pojmu NLM jsou rozhodnutí státních soudů. Nevnímám to však jako argument o neexistenci či bezvýznamnosti NLM, nicméně jako potvrzení situace právního pluralismu při úpravě vztahů v mezinárodním obchodu. Vede nás to zároveň k závěru, že NLM jako právní řád zcela autonomní není a být nemůže; ani „jeho“ rozhodčí soudy tedy nemohou rozhodovat zcela autonomně v tom smyslu, že ignorují základní procesní zásady, které jsou státnímu i transnárodnímu právu z velké části společné.

4.6. Vymezení procesních norem NLM

Pokud je NLM svébytný právní řád s alespoň relativně vyšší mírou autonomie, musí zahrnovat také normy procesního charakteru. Konkrétní vyjádření této obecné teze však již bude složitější. Struktura procesní úpravy NLM se tvoří částečně analogicky k úpravám státním, částečně se však odlišuje. Hlavní odlišností nejsou ani tak různé principy ovládající rozhodčí řízení, které z velké části odpovídají také právní úpravě rozhodčího řízení napříč státními právními úpravami (viz níže), ale zejména pluralita pramenů procesní úpravy. Tu lze dosledovat jak v některých zásadních nestátních široce uznávaných pramenech (Procesní zásady UNIDROIT²⁴⁰, Principy Trans-lex, Pravidla UNCITRAL), tak napříč jednacími řády jednotlivých zavedených rozhodčích soudů. Úprava je to však do značné míry univerzální, protože mnohé principy se vyskytují v převážné části těchto pramenů, například:

- a) Princip rovnosti stran a související princip *audiatur et altera pars* (čl. XIII odst. 3.1. písm a) Principů Trans-lex, čl. 18 Pravidel UNCITRAL čl. 3 Procesních zásad UNIDROIT);
- b) Princip důvěrnosti či neveřejnosti rozhodčího řízení;
- c) Princip, že účastníci řízení mohou být v řízení zastoupeni;
- d) Princip včasného rozhodnutí ve věci;

240 UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure

e) Zásada projednací

Podstatně komplikovanější však bude předložení výčtu konkrétních pramenů, které řízení ovládají. Zde se omezíme pouze na konstatování, že neuzavřenost hmotněprávní úpravy NLM je příznačná také pro úpravu procesní, která je však komplikovanější s ohledem na decentralizovaný mechanismus rozhodování sporů u různých institucionalizovaných rozhodčích soudů. Za zřejmou součást procesní roviny NLM se dá považovat jednak zmíněné právní principy, dále pak rozhodčí řády jednotlivých zavedených mezinárodních rozhodčích soudů a institucí. V širším pojetí je do procesní roviny NLM zahrnout také normy upravující uznání a výkon rozhodčích nálezů.

Procesní úprava NLM je tedy tvořena multipolárně, stejně jako hmotné NLM. Proto je neuzavřená.

4.7. Arbitrabilita v kontextu NLM

Arbitrabilita, neboli přípustnost či způsobilost sporu k tomu, aby byl řešen prostřednictvím rozhodčího řízení, je ústředním problémem arbitráže²⁴¹ a základní otázkou, kterou je nutné ideálně ještě před uzavřením rozhodčí doložky či smlouvy o rozhodci v daném případě vyjasnit. Procesněprávně je arbitrabilitou přípustnost rozhodování určitého sporu k řešení před rozhodci, hmotněprávně (či smluvně) se jedná o platnost rozhodčí smlouvy.²⁴² Otázku arbitrability je třeba posoudit vždy v každém individuálním případě s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu. Strany si musí uvědomit zejména důsledky případného rozhodnutí v rovině uznání a výkonu, tedy, zda rozhodčí řízení bude představovat základ pro vymožení právního nároku.

4.7.1. Pojem subjektivní arbitrability

Subjektivní arbitrabilitou se rozumí zúžení předmětu rozhodčí smlouvy stranami sporu

²⁴¹ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 143

²⁴²ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž.

jako součást projevu autonomie jejich vůle.²⁴³ Jedná se o podmnožinu arbitrability objektivní, protože je možné ji uplatnit pouze v mezích právem dovoleného. Podmínky subjektivní arbitrability tak jsou plně v dispozici stran, ovšem jen v mezích určitého právem stanoveného rozsahu. Subjektivní arbitrabilitu sporů z určitého smluvního vztahu tedy lze zúžit pod rozsah stanovený právem, nelze jí však rozšířit mimo mantinely stanovené právem.

Subjektivní arbitrabilita bude rozhodčím soudem zkoumána zejména při uplatnění námitky nedostatku pravomoci podle § 15 odst. 1 ZRŘ účastníkem, přičemž nevznesení této námitky má za následek vznik fikce subjektivní arbitrability.²⁴⁴ Optikou NYÚ se kategorie subjektivní arbitrability projeví v čl. V odst. 1 písm. c), který stanoví možnost odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu z důvodu, že nález se týká sporu, pro který nebyla uzavřena rozhodčí smlouva, který není v mezích rozhodčí doložky, anebo že nález obsahuje rozhodnutí přesahující dosah úmluvy o rozhodci nebo rozhodčí doložky.

S ohledem na téma této práce bude nadále pod pojmem „arbitrabilita“ řazena arbitrabilita objektivní.

4.7.2. Pojem objektivní arbitrability

V případě pojmu objektivní arbitrability se jedná o přípustnost postoupení určitého sporu k řešení v rozhodčím řízení z pohledu úpravy určitého právního řádu, typicky práva státního. V českém právním řádu se jedná zejména o splnění podmínek § 2 ZRŘ, který má charakter omezení smluvní svobody stran ve smyslu možnosti pro postoupení určitého sporu do rozhodčího řízení.

S objektivní arbitrabilitou je spjata otázka významu místa konání rozhodčího řízení. Zde se střetávají dvě koncepce; první z nich přiznává místu konání arbitráže význam s ohledem na normy platné na takovém území – je tedy třeba zohlednit předpisy *legis arbitri* v místě konání řízení, druhým přístupem je potom praktická aplikace teorie

²⁴³KYSELOVSKÁ, T., Institut zrušení rozhodčího nálezu z pohledu ochrany spotřebitele a judikatury soudního dvora Evropské unie, Masarykova Univerzita, 2013, dostupné z informačního systému ASPI
²⁴⁴BĚLOHLÁVEK, A., Arbitrabilita v pracovněprávních vztazích, Bulletin Advokacie, 9/2007, str. 23.

delokalizace rozhodčího řízení. Tím je myšlenka, že rozhodná je v tomto ohledu pouze vůle stran manifestovaná volbou rozhodných pravidel pro dané řízení, tedy podmínky *lex electa*. První pohled je však v soudobém právním diskurzu převažující²⁴⁵.

Delokalizace arbitráže se projeví zejména v odpoutání od procesní úpravy místa konání rozhodčího řízení, tedy konkrétního státního právního řádu, ale také v odpoutání se od relevantní hmotněprávní státní úpravy. *Lex arbitri* je tak zcela určeno volbou stran. Limit delokalizace se, podobně jako v případě volby NLM, projeví zejména v rovině uznání a výkonu rozhodčího nálezu.²⁴⁶ Konceptu delokalizace je vytýkána jistá naivita, která povede k regulaci soukromé justice ze strany mezinárodních korporací, hovoří se o nahrazení demokracie „merkatokracií“, jejímž důsledkem bude ještě větší míra privatizace, liberalizace a deregulace.²⁴⁷ Kritici poukazují zejména na negativní důsledky některých dohod o ochraně investic, které vedly v důsledku k realizaci investičních záměrů ve zjevném rozporu s obecným zájmem v cílových státech.²⁴⁸

Pokud tedy odhlédneme od představy delokalizované arbitráže, stanovuje státní a evropské právo limity arbitrability následujícím způsobem:

- a) v „obecných“ normách, tedy takových, které se výslovně netýkají otázek rozhodčího řízení, ve kterých dochází ke stavení výlučné pravomoci státního soudu pro řešení určitých otázek, jak je tomu například v čl. 24 nařízení Brusel I bis.
- b) V normách, které se přímo oblasti rozhodčího řízení týkají, jako například v § 2 ZRŘ.

4.7.3. Podmínky objektivní arbitrability podle státního práva

Arbitrabilita podle státního práva je komplikovanou otázkou, jednoduše proto, že se

245BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, komentář k § 2 ZRŘ.

246 JANICIJEVIC, D., Delocalization in international commercial arbitration, Law and Politics, Niš, vol.3, N.1, 2005, str. 63-71

247MATTLI, W., DIETZ, T., International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence, Oxford University Press, 2014, str. 12 a násl.

248MATTLI, W., DIETZ, T., tamtéž.

napříč jurisdikcemi liší, a to přes obecnou snahu arbitrabilitu zblížovat a postupně rozšiřovat. Rozdíly v arbitrabilitě jsou patrné zejména v oblastech, do kterých ingeruje kategorie veřejného zájmu.²⁴⁹ Existují však i univerzální limity, jakási „univerzální“ arbitrabilita, která má původ v samotné podstatě arbitráže a není odvislá od vymezení v určitém konkrétním právním řádu.

Za nejzákladnější podmínku arbitrability jako takové, a tedy i projev této „univerzální“ arbitrability, vnímám samotnou skutečnost existence sporu mezi stranami. Arbitráž odpovídá svým charakterem nalézacímu řízení, což vyplývá také z konstrukce objektivní arbitrability v českém právním řádu v ust. § 2 odst. 2 ZRŘ. Z tohoto zdánlivě banálního závěru lze dovodit další poznatky o charakteru rozhodčího řízení. Jeho výsledkem je „nález“, tedy v případě sporného řízení deklaratorní rozhodnutí. Převažujícím principem je analogicky ke spornému soudnímu řízení princip dispoziční, převažující funkcí pak funkce reparační. Významná je také iniciativa stran v oblasti návrhů a doložení důkazů, která se projeví v zásadě projednací.²⁵⁰

Tyto univerzální rysy arbitrability nejen že tvoří její základní podmínky podle českého práva, ale také podle jiných právních řádů, vč. práva transnárodního. Možnost uzavření smíru a kritérium majetkového sporu stanoví jako základní podmínku arbitrability také německá právní úprava, a to v ust. § 1030 odst. 1 ZPO. Rozdíl oproti české právní úpravě spočívá zejména v tom, že arbitrabilní jsou spory týkající se výkonu rozhodnutí, pokud je exekucním titulem rozhodčí nález, kterým bylo rozhodnuto o arbitrabilní pohledávce.²⁵¹

Obecný rámec podmínek arbitrability dle českého práva nalézáme již v ust. § 1 ZRŘ, kde se stanoví, že „tento zákon upravuje rozhodování majetkových sporů nezávislými a nestrannými rozhodci“. Konkrétní podmínky arbitrability pak stanoví ust. § 2 odst. 2 ZRŘ, a to tak, že „rozhodčí smlouvu lze platně uzavřít, jestliže strany by mohly o

249 MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International BV, 2009, str. 10.

250 BĚLOHLÁVEK, A., *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, str. 110 a násl.

251 DOBIÁŠ, P., *Právní úprava rozhodčího řízení v německého civilním procesním řádu*, *Obchodněprávní revue* 10/2015, str. 278.

předmětu sporu uzavřít smír“. Zákodárce si tak pomáhá legislativní zkratkou, ve které spojuje procesněprávní předpoklad pro konání rozhodčího řízení s hmotněprávním institutem soudního smíru ve smyslu ust. § 99 OSŘ.

Bělohávek shrnuje tři podmínky, které musí být pro konání rozhodčího řízení splněny. Musí se jednat:

- a) o spor mezi stranami rozhodčí smlouvy,
- b) o majetkový spor,
- c) nesmí se naopak jednat o spor vzniklý v souvislosti s výkonem rozhodnutí, vyloučeny jsou také incidenční spory v rámci insolvenčního řízení.²⁵²

Tento výčet by bylo nutné s ohledem na vývoj právní úpravy v oblasti arbitrability spotřebitelských sporů doplnit.

Arbitrabilitu v mezinárodní obchodní arbitráži lze také definovat jako: „specifickou podmínku, která se týká jurisdikční roviny rozhodčí smlouvy; jako podmínku předcházející vyslovení příslušnosti rozhodčího soudu pro rozhodnutí určitého sporu spíše než otázku platnosti rozhodčí smlouvy jako takové“.²⁵³ S tímto lze souhlasit zejména s ohledem na otázku následného procesu uznání a výkonu a rozhodčího nález. Rozhodčí soud by primárně neměl otázku arbitrability s následným uznáním nálezu přímo spojovat, jedná se o dvě odlišné fáze v procesu uplatnění práva.

Co se týče otázky nalezení rozhodného práva pro přípustnost rozhodčí smlouvy v mezinárodním rozhodčím řízení, užíje se pravidlo uvedené v § 117 odst. 1 ZMPS. Přípustnost rozhodčí smlouvy se tedy posoudí podle českého právního řádu, zatímco ostatní náležitosti rozhodčí smlouvy podle práva státu, ve kterém má být vydán rozhodčí nález.

²⁵²BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, str. 106 a násl.

²⁵³MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International BV, 2009, str. 5.

Za velmi trefnou považuji také poznámka o arbitrabilitě, kterou učinil Carbonneau: „Arbitrabilita je základní dělící čarou mezi soukromou a veřejnou spravedlností“.²⁵⁴ To je velmi dobře aplikovatelné také pro téma NLM, a to s ohledem na významnou roli soukromých subjektů pro vytváření a uplatňování NLM. Přesto je otázka arbitrability podle státního práva v poslední době předmětem restriktivního přístupu a mnozí se k dalším perspektivám domácího rozhodčího řízení staví skepticky²⁵⁵.

4.7.4. Pojem majetkového sporu

Historicky byla arbitráž vždy spojena s rozhodováním majetkových sporů, u kterých je nejlépe patrný jejich soukromoprávní charakter. Už nejstarší dochovaný anglický rozhodčí nález datovaný k roku 118 n.l. (tedy do doby římské) to potvrzuje, když jeho předmětem je rozhodování o „obchodněprávním“ sporu z kupní smlouvy mezi římskými občany.²⁵⁶

Výklad pojmu majetkového sporu není v odborné diskusi předmětem sporů. Přehledné a kompaktní srovnání v tomto směru nabízí Rozehnalová²⁵⁷, přičemž z jí citovaných výkladů volně vyplývá, že výklad tohoto pojmu je napříč odbornou literaturou jednotný a za majetkový spor je třeba považovat kontradiktorní řízení vedené o návrhu, kterým se žalobce domáhá určitého majetkového plnění, a to vč. sporů, které nejsou vedeny přímo o finanční částku, ale týkají se nároků, které jsou penězi ocenitelné.²⁵⁸

Bělohávek uvádí, že majetkový charakter sporu je dán tehdy, jsou-li „předmětem sporu práva majetkového charakteru, tj. majetková práva“, přičemž ale upozorňuje na teoretickou složitost definice pojmu majetkového charakteru jako takového, který není zcela uspokojivě vyložen ani v základním předpisu, tedy v zákoně č. 89/2012 Sb.,

254 CARBONNEAU, T., Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States, in: MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International BV, 2009, str. 143 a násl.

255 ROZEHNALOVÁ, N., The End of Arbitration in Bohemia?, in: DRLIČKOVÁ, K. (Eds.), Cofola Int. 2015, Current Challenges to Resolution of International Cross-boarder Disputes, Masarykova Univerzita Brno, 2015.

256 ROEBUCK, D., Early English Arbitration, 2008, str. 50, citace dostupná z: <http://www.trans-lex.org/262120>

257 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 147 a násl.

258 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž str. 148.

občanském zákoníku.²⁵⁹ Ze znění ust. § 9 odst. 2 OZ se nabízí negativní vymezení majetkových práv jako takových, která nejsou osobní povahy. To je ale stále velmi neurčité vymezení. Vycházet lze rovněž z ustáleného obsahu pojmu „majetek“, kterým se obvykle rozumí soubor movitých i nemovitých věcí, práv a jiných majetkových hodnot, které patří určitému subjektu.²⁶⁰

Co se týče soudního výkladu pojmu majetkového sporu, lze odkázat na rozhodnutí NS 20 Cdo 476/2009 ze dne 23.09.2010, kde jsou majetkové spory definovány jako spory, které se svým předmětem přímo odrážejí v majetkové sféře stran a týkají se subjektivních práv, s nimiž mohou účastníci disponovat.²⁶¹

Kritérium majetkového charakteru rozhodovaného sporu obsahují také jiné státní právní úpravy. Např. čl. 177 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém stanoví, že předmětem rozhodčího řízení může být každý majetkoprávní nárok.²⁶² Dá se tak dovodit, že v oblasti státního práva je kritérium majetkového charakteru sporu jedním ze základních kritérií arbitrability. Na straně, existují také státní právní úpravy, které připouštějí také arbitrabilitu nepeněžitých sporů, jako například právní úprava Skotská.²⁶³

Za problematické z hlediska kvalifikace toho, zda se jedná o spor majetkový, lze považovat zejména spory ohledně specifického předmětu, například spory týkající se nemovitostí a spory z pracovněprávních vztahů mající majetkovou podobu. Za vyloučené potom spory incidenční a ty, které vznikly v souvislosti s výkonem rozhodnutí.²⁶⁴

Ohledně incidenčních sporů existuje pochopitelně snaha státní úpravě unikát. Pro oblast mezinárodní arbitráže je známé stanovisko Singapurského nejvyššího soudu ve věci

259BĚLOHLÁVEK, A., tamtéž, str. 114.

260BĚLOHLÁVEK, A., tamtéž, str. 115.

261Rozhodnutí NS 20 Cdo 476/2010 – dostupné z: informační systém Beck Online

262Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.

263BARTOŠ, D., DOBIÁŠ, P., Skotský zákon o rozhodčím řízení z roku 2010 v porovnání s českou právní úpravou, Jurisprudence, č. 40, r. 2015.

264ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 149 a násl.

*Larsen Oil and Gas Pte Ltd vs. Petroprod Ltd.*²⁶⁵ Singapurský apelační soud²⁶⁶ formuloval po posouzení daného případu tři principy pro posuzování arbitrability incidenčních sporů:

- a) spory, které vyvstanou po prohlášení úpadku a souvisí s úpadkem, jsou obecně nearbitrabilní,
- b) spory, které vyplývají z práv a povinností, které mají základ před zahájením insolvenčního řízení, jsou nearbitrabilní tehdy, pokud by se mohlo rozhodčí řízení dotknout podstatných práv ostatních věřitelů,
- c) incidenční spory jsou arbitrabilní tehdy, pokud vyplývají z poměrů před zahájením insolvenčního řízení a pokud má rozhodčí řízení sloužit jen k vyřešení sporu mezi společnostmi v úpadku a další stranou (tedy bez vazby k ostatním věřitelům).²⁶⁷

Tímto zajímavým rozhodnutím tedy, alespoň v teoretické rovině s ohledem na skutečnost, že se jedná o rozhodnutí mezinárodního rozhodčího soudu, které není závazné pro státní právní úpravu, dochází k okrajovému prolomení obecného pravidla, že incidenční spory „jakožto spory vyvolané konkurzním a vyrovnávacím řízením“²⁶⁸, spadají výlučně do pravomoci soudu. Zároveň však nadále převažuje kritérium veřejného zájmu a zejména ochrany ostatních věřitelů jako hranice pro arbitrabilitu.

4.7.5. Podmínka možnosti uzavření smíru

V tomto kritériu se dobře zrcadlí povaha rozhodčího řízení jako autonomního způsobu řešení sporů, který má základ v dohodě stran. Ustanovení § 99 OSŘ, které obsahuje v českém právním řádu obecnou úpravu soudního smíru v procesní rovině, jen obecně stanoví, že soudním smírem lze skončit řízení jen tehdy, pokud to připouští povaha

²⁶⁵Dostupné z: <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/05/23/singapore-apex-court-lays-down-clear-framework-for-non-arbitrability-of-insolvency-related-claims/>

²⁶⁶Court of Appeal (jako součást Singapurského nejvyššího soudu)

²⁶⁷CHAN, D., Singapore Apex Court Lays Down Clear Framework for Arbitrability of Insolvency – Related Claims, Norton Rose Fulbright, 2011, Kluwer Arbitration Blog, dostupné z: Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/05/23/singapore-apex-court-lays-down-clear-framework-for-non-arbitrability-of-insolvency-related-claims/>.

²⁶⁸ROZEHNALOVÁ, N., Tamtéž, str. 151.

věci.²⁶⁹ Výkladem je dovozeno, že možnost uzavřít smír se tedy netýká věci, kterou lze zahájit i bez návrhu, věci, kde má být rozhodováno o osobním stavu a věci, ve které dohoda vyžaduje ke své platnosti souhlas soudu.²⁷⁰ Uvedený závěr relativizuje judikatura Nejvyššího soudu, která dovozuje, že samotná skutečnost, že určité řízení má charakter řízení nesporného ještě neznamená, že v tomto řízení nelze uzavřít smír, resp. sjednat platnou rozhodčí doložku. Soud výslovně konstatoval, že „pro posouzení této otázky je rozhodná povaha uplatněného nároku, nikoliv povaha řízení jako takového“²⁷¹.

Oblasti mezinárodní obchodní arbitráže se však takové případy netýkají, zde se jedná zcela zjevně o rozhodování majetkových obchodněprávních sporů mezi stranami.

Uvedený závěr podporuje také rozhodovací činnost Nejvyššího soudu ČR, který podmínku možnosti uzavření smíru v dané věci spojuje s platností rozhodčí doložky.

Z možnosti uzavření soudního smíru lze dovozovat také arbitrabilitu v některých druzích sporů, které nejsou jednoznačně spory o určité finanční plnění. Nejvyšší soud tak dovodil arbitrabilitu ve sporu o vyklizení bytu, tedy u sporu vyvolaného druhem negatorní žaloby. Soud uzavřel, že „není pochyb, že v řízení o vyklizení bytu soudní smír uzavřít lze“ a že „neoprávněný zásah do vlastnického práva se obecně vzato promítá i do majetkové sféry dotčeného subjektu“. Soud také v odůvodnění shrnul, že za majetkové považuje „veškeré spory, které se majetku, majetkové povahy či majetkového reflexu předmětu sporu dotýkají, vyloučeny jsou jen spory taxativně uvedené.“²⁷² Tím patrně myslel zejména negativní vymezení v § 2 odst. 1 ZRŘ, který vylučuje spory z výkonu rozhodnutí a spory incidenční.

Rovněž k otázce arbitrabilitě sporů na základě určovacích žalob se Nejvyšší soud staví pozitivně, protože i v těchto řízeních lze mezi stranami uzavřít soudní smír.²⁷³

269 Viz ust. § 99 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, v platném znění.

270 ROZEHNALOVÁ, N., Tamtéž, str. 152.

271 Viz usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 29 Cdo 2648/2013 ze dne 19.03.2014.

272 Viz. usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 20 Cdo 476/2009

273 Viz. usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 32 Cdo 4815/2008, dale pak rozsudek Nejvyššího soudu sp.zn. 30 Cdo 641/2005. Podobně se vyjádřil také Krajský soud v Praze v usnesení sp.zn. 27 Cdo 356/2008-

S jistou dávkou opatrnosti je možné říci, že se okruh sporů, které mohou být řešeny před rozhodčím tribunálem, má tendenci rozšiřovat. Zejména u soudů ve Spojených státech lze od 90. let pozorovat rozšiřování arbitrability, a to zejména ve věci insolvenčních sporů. Trend sledují také spory z práv duševního vlastnictví (s výjimkou otázky platnosti patentů).²⁷⁴ Za hlavní oblast, ve které arbitrabilita naráží na svůj limit, tak zůstávají oblasti, kde dochází k asymetrii v síle stran sporu – tedy spory pracovněprávní a spotřebitelské.²⁷⁵ Zde je naopak nutné – minimálně v podmínkách české právní úpravy – dospět k závěru o postupném zužování objektivní arbitrability. Neplatí to však ve všech právních řádech, např. japonská úprava rozhodčího řízení svou formulací připouští také rozhodování o uvedených „asymetrických“ sporech.²⁷⁶ Uvedené téma by však vyžadovalo rozsáhlou komparativní studii.

4.8. Problematické oblasti práva z hlediska arbitrability podle státního práva

Některé spory jsou z hlediska arbitrability téměř vždy problematické. Zejména se může jednat o spory v oblasti autorských a průmyslových práv, soutěžního práva, či spory se slabší smluvní stranou (spotřebitelské, individuální pracovní)²⁷⁷ či již výše uvedená oblast insolvenčního práva, a to navzdory skutečnosti, že takové spory mají majetkový charakter. Důvodem je stanovený limit veřejného pořádku pro posouzení otázky arbitrability a negativní zkušenost s rozhodčím řízením v uvedených oblastech z pohledu zákonodárce. Jako zjevně nearbitrabilní se mohou jevit spory v oblasti práva daňového. Naopak, za arbitrabilní lze považovat například spory o vypořádání společného jmění manželů, pokud tento spor nevznikl v souvislosti s výkonem rozhodnutí, anebo jako incidenční spor.²⁷⁸

Společným jmenovatelem výše uvedených problematických oblastí je zejména vyšší

63 ze dne 15.09.2008.

274NOTTAGE, L., *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*, Legal Studies Research Paper, No. 06/51, 2006, str. 15.

275NOTTAGE, tamtéž.

276Čl. 13 odst. 1 japonského zákona o rozhodčím řízení z r. 2003 vylučuje z okruhu otázek, které mohou být řešeny před rozhodčími soudy, pouze otázku rozvodu a rozluky. Obecně je arbitrabilní každý civilně právní spor, ve kterém může být ve věci sjednán soudní smír.

277ROZEHNALOVÁ, N., str. 156 a násl.

278Viz. rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 29 ICdo 11/2014 ze dne 28.01.2016

míra zásahů veřejnoprávní úpravy, resp. prosazení veřejného zájmu. U sporů se slabší stranou je to pochopitelné – z toho důvodu došlo u spotřebitelských sporů k přijetí tzv. „spotřebitelské“ novely pro oblast rozhodčího řízení, tedy k přijetí zákona č. 19/2012 Sb., kterým se mění ZRŘ.²⁷⁹ Touto novelou došlo například ke stanovení některých povinných náležitostí při uzavírání rozhodčí smlouvy (ta musí být na samostatné listině a musí obsahovat pravdivé informace vyjmenované v ust. § 3 odst. 5) či stanovení podmínek pro vzdělání rozhodců. Jinými slovy, došlo k záměrnému zásahu do smluvní autonomie stran. Důvodem novely bylo v nejobecnější rovině to, že rozhodčí řízení bylo zneužíváno k ochraně zájmů silnější strany.²⁸⁰ Omezení arbitrability v této oblasti však šlo ještě dále, až byla zcela vyloučena novelou č. 258/2016 Sb., která do § 2 odst. 1 ZRŘ vložila nepřipustnost rozhodčího řízení pro rozhodování sporů ze smluv uzavřených mezi spotřebitelem a podnikatelem (viz níže).

Specifickou oblastí pro otázku arbitrability je také arbitrabilita pracovněprávních sporů. Ty jsou typologicky podobné sporům spotřebitelským, a to přítomností „slabší“ strany sporu – zaměstnance, tedy faktickou nerovností účastníků. Český zákonodárce nevylučuje arbitrabilitu pracovněprávních sporů, pokud se ovšem jedná o spory majetkové, ve kterých může být mezi stranami uzavřen smír – typicky se bude jednat o řízení zahájeném na základě návrhu na peněžní plnění. Jsou však vyloučeny spory nemajetkové, typicky spory o neplatnost skončení pracovního poměru. Ačkoliv je pracovní právo tradičně oblastí s vysokou mírou ingerence státu do smluvní svobody stran, i zde se objevují názory, že by mělo docházet k rozšiřování arbitrability pracovněprávních sporů.²⁸¹ Jedná se i přesto o posun oproti původnímu stavu právní úpravy, kdy podle zákoníku práce ve znění účinném do 31.12.2006 byla arbitrabilita pracovněprávních sporů zcela vyloučena.

4.8.1. Arbitrabilita sporů v oblasti soutěžního práva

Arbitrabilita sporů v oblasti soutěžního práva, kde veřejný zájem na zachování

²⁷⁹Důvodová zpráva k zákonu č. 19/2012 Sb., dostupná ze systému ASPI.

²⁸⁰Důvodová zpráva k zákonu č. 19/2012 Sb., dostupná ze systému ASPI

²⁸¹PICHT, J., Alternativní způsoby řešení sporů v pracovněprávních vztazích – minulost, současnost a budoucnost, Právní rozhledy 21/2013, str. 725 a násl.

podmínek volné soutěže mezi podnikateli vystupuje velmi výrazně, jednou z velmi diskutovaných oblastí arbitrability. Známý je v tomto směru zejména rozsudek amerického Nejvyššího soudu *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* ze 2. července 1985.²⁸² Ačkoliv názor soudců nejvyššího soudu nebyl jednohlasný, většina se nakonec přiklonila k závěru o přípustnosti řešení soutěžního sporu prostřednictvím rozhodčího řízení. Rozsudek se však neobešel bez disentu, ve kterém jako jeden z hlavních argumentů zazněla nepřipustnost podřízení sporu k rozhodnutí v rozhodčím řízení v situaci, kdy jakékoliv pochybení může mít dopad do konkurenceschopnosti národního hospodářství. Jinými slovy, argumentem byl opět veřejný zájem. Konkrétně, na str. 473 U.S. 655 je uvedeno, že „spor ze soutěžního práva není čistě soukromou záležitostí. *Sherman Antitrust Act*²⁸³ je určen také k prosazení národních zájmů.“ Dále je pak uvedeno, že „případy porušení soutěžního práva mohou zasáhnout stovky tisíc a miliony osob a způsobit závažné ekonomické škody. Nedá se tedy předpokládat, že Kongres měl v úmyslu svěřit rozhodování takových sporů do rukou někoho jiného než řádných soudů.“ Zajímavý je však níže uvedený názor (str. 473 U.S. 658), že „spory ze soutěžního práva by nebyly arbitrabilní, pokud by měly čistě domácí charakter, nicméně jejich mezinárodní charakter je činí arbitrabilními.“²⁸⁴

4.8.2. Arbitrabilita sporů v oblasti insolvenčního řízení

Pokud se týká arbitrability insolvenčních sporů, zde dochází rovněž ke značnému omezení, a to z důvodu velmi silného aspektu veřejného zájmu. To je ve státních úpravách patrné ze samotné konstrukce insolvenčního řízení, které je typologicky zcela odlišné od řízení rozhodčího. V insolvenčním řízení nejen že vystupuje do popředí jako prvotní zájem neurčitého počtu věřitelů, ale dokonce zde zákon akcentuje roli veřejného zájmu možností vstupu státního zástupce do řízení. Státní zástupce zde vystupuje jako vedlejší účastník a může z této pozice činit široké spektrum úkonů, namátkou v otázce zahájení incidenčního sporu (možnost podání žaloby o určení neplatnosti právního úkonu podle ust. § 160 odst. 1 IZ), odvolání či zproštění funkce insolvenčního správce (ust. § 31 odst. 1 IZ a § 32 odst. 1 IZ) či v ostatních otázkách dozoru nad průběhem

282Dostupný z: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>

283Základní norma soutěžního práva ve Spojených státech.

284Dostupné z: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>

insolvenčního řízení. Společným jmenovatelem úkonů státního zástupce pak je, aby tyto úkony byly činěny ve veřejném zájmu.

Pokud jde o úvahy o arbitrabilitě insolvenčních řízení, je třeba rozlišovat jeho jednotlivé druhy. Za zcela vyloučenou lze považovat možnou arbitrabilitu v oblasti konkurzu týkající se zejména otázky zahájení konkursního řízení, prohlášení úpadku a administrace základních věcí insolvence.²⁸⁵

Lze si však v určitém ohledu představit, že některé ze sporů v rámci insolvenčního řízení arbitrabilní mohou být, například v otázce přezkumu pohledávek či spory incidenční. Otázkou rovněž zůstává, zda spory, které byly zahájeny ohledně majetku úpadce před zahájením insolvenčního řízení, a jsou řešeny rozhodčím soudem, zůstanou po zahájení rozhodčího řízení arbitrabilní či nikoliv.

Zajímavou komparativní studii nabízí v této oblasti Liebscher²⁸⁶, když srovnává podmínky arbitrability sporů v oblasti insolvence v Rakousku, Anglii, Francii, Německu, Nizozemí a Švýcarsku. Výsledkem jeho studie je konstatování téměř plné arbitrability sporů v insolvenční ve většině srovnávaných jurisdikcích (Rakousko, Francie, Německo, Švýcarsko). Právo žádné z uvedených jurisdikcí přitom nezakazuje řešení sporů v insolvenční v rozhodčím řízení bez dalšího. Zároveň však Liebscher poukazuje na to, že fakticky bude docházet k řešení takových sporů v rozhodčím řízení jen výjimečně, a to z důvodu praktické složitosti takových řešení (řada sporů zahrnuje více stran a bylo by složité dospět k platné rozhodčí smlouvě).

Podle českého práva nicméně spory v insolvenčním řízení arbitrabilní nejsou. To vyplývá jednoznačně z ustanovení § 2 odst. 1 ZRŘ, který incidenční spory uvádí vedle sporů vzniklých v souvislosti s výkonem rozhodnutí jako spory, u nichž nepřichází rozhodnutí v rozhodčím řízení v úvahu. Uvedené je potvrzeno také předmětnou

285F.Mantilla-Serrano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, *Arbitration International* (1995), in: MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International BV, 2009, str. 166 a násl.

286LIEBSCHER, Ch., *Insolvency and Arbitrability*, in: MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International BV, 2009, str. 165 a násl.

judikaturou, kde je konstatováno, že je v insolvenčním řízení nutno připustit námitku neplatnosti rozhodčí smlouvy.²⁸⁷ O absolutní vyloučení arbitráže pro řešení sporů s osobami v insolvenčním řízení se však nejedná.

Méně jednoznačná je oblast arbitrability sporů s úpadcem zahájených dříve než samotné insolvenční řízení. Rozhodčí doložky sjednané ve smlouvách uzavřených před zahájením insolvenčního řízení však zůstávají v platnosti a pokud insolvenční správce, jako osoba s dispozičními právy, v průběhu insolvenčního řízení povolil plnění úpadce z této existující smlouvy, je příslušnost rozhodčího soudu k projednání a rozhodnutí sporu dána a rozhodčí soud se bude podanou žalobou zabývat.²⁸⁸ To potvrzují také závěry Nejvyššího soudu, dle jehož rozhodovací praxe se rozhodčí doložka sjednaná pozdějším úpadcem vztahuje také na insolvenčního správce.²⁸⁹ Soud výslovně uvedl, že ani insolvenční zákon, ani zákon o rozhodčím řízení neposkytují insolvenčnímu správci možnost vyvázat se jednostranně z platně uzavřené rozhodčí smlouvy.²⁹⁰

4.8.3. Arbitrabilita v oblasti daňového práva

Arbitrabilita v oblasti daňového práva z pohledu daňového řízení se zdá téměř nepředstavitelnou a doktrinálně velmi kontroverzní, nicméně rozhodci v rámci své rozhodovací činnosti otázky nároků investorů vůči jednotlivým státům z důvodu neoprávněně uložené daňové povinnosti či z jiného důvodu vedoucího ke zmaření investic poměrně běžně rozhodují, tedy zejména v oblasti investičních sporů.²⁹¹ Jako další případy arbitráže v daňové oblasti jmenuje Park spory mezi podnikateli v oblasti daňové povinnosti (typicky po koupi podílu v osobě, které byla daňová povinnost uložena) či spory v oblasti zdanění plateb v režimu mezinárodních úmluv. K první

287 Viz. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp.zn. 34 Icm 2288/2012, 104 VSPH 50/2014 ze dne 04.08.2014, kde je uvedeno: „V insolvenčním zákoně chybí právní úprava odpovídající § 35 RozŘ, proto je nutno v incidenčním řízení s ohledem na jeho zásady připustit námitku neplatnosti rozhodčí smlouvy, byť nebyla podána žaloba o zrušení rozhodčího nálezu.“ Rozhodnutí je dostupné z www.beck-online.cz

288 Viz. nález Rozhodčího soudu HKČR ze dne 15.05.2012, sp.zn. Rsp 212/12, dostupné z: https://www.soud.cz/downloads/P+H_InsolvZ_RN_212_12.pdf

289 Viz. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 29 Odo 1051/2004 ze dne 28.04.2005, ve kterém soud konstatoval:

290 Dle rozh. sp.zn. 212/12, viz výše.

291 PARK, W., Arbitrability and Tax, in: MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International BV, 2009, str. 179 a násl.

uvedené oblasti bych poznamenal, že se mnohdy jedná spíše o spor z určitých smluv mezi podnikateli (typicky ze smlouvy o převodu podílu či akcií), ve kterých bývají otázky záruk za dodatečně uložené povinnosti upraveny a navázány na smluvní sankce. Takové rozhodčí řízení se pak vede o nároku vzniklém právě z takové smlouvy a není zásadně odlišné od jiného obchodněprávního sporu.

4.8.4. Arbitrabilita v oblasti ochrany investic

Rozhodčí řízení v oblasti ochrany investic je specifickou a v odborné literatuře dobře zpracovanou oblastí. V takových dochází k rozhodování tzv. diagonálních sporů mezi investorem – soukromou osobou a státem, který určitým způsobem zasáhl do investice tohoto subjektu.²⁹² Někteří autoři ji dokonce považují za natolik specifickou ve vztahu k jiným druhům rozhodčího řízení, že „ji nelze považovat za formu již existující oblasti rozhodčího řízení.“²⁹³ Základem arbitráže v těchto případech bývají oboustranné dohody o mezinárodní ochraně investic („BIT“) a další podobné dohody, např. NAFTA²⁹⁴.

Rozhodčí řízení se v takovém případě týká nároků soukromých investorů vůči státům, ve kterých došlo veřejnoprávním zásahem ke vzniku újmy na dané investici. Často se týká například změny podmínek daňové legislativy v jurisdikci, ve které je investice realizována.²⁹⁵ Arbitrabilita sporů z těchto BIT je ve většině případů dána, problém však může nastat zejména u intraunijních BIT, kdy může za určitých okolností dojít k rozporu s pravidly fungování vnitřního trhu Evropské unie, zejména tehdy, pokud plnění z určité smlouvy o ochraně investic zakládá veřejnou podporu ve smyslu čl. 107

292 RŮŽIČKA, K., in: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, komentář k § 117 ZMPS.

293 PAULSSON, J., Arbitration Without Privity, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, str. 256 a násl., dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf

294 North Atlantic Free Trade Agreement, účinná mezi Spojenými státy, Kanadou a Mexikem ke dni 01.01.1994.

295 PARK, W., Arbitrability and Tax, tamtéž, str. 185.

odst. 1 SFEU. Takový rozhodčí nález by patrně z důvodu rozporu s veřejným pořádkem Evropské unie nemohl být vykonatelný.²⁹⁶

4.8.5. Arbitrabilita pracovněprávních sporů

Individuální pracovněprávní vztahy jsou oblastí, kde se tradičně střetává silnější (zaměstnavatel) a slabší (zaměstnanec) smluvní strana, ačkoliv mnozí zaměstnavatelé by s tímto názorem, zejména v době konjunktury a historicky velmi nízké nezaměstnanosti, měli problém souhlasit. Neoddiskutovatelným faktem však je, že zaměstnanec se nachází v závislém postavení, a to z hlediska přidělované práce i odměňování formou mzdy (platu), což vede legislativce k nutnosti garance některých jeho práv v pracovněprávním vztahu. Nabízí se tedy otázka, zda je rozhodčí řízení, svým charakterem odvozené od principu smluvní autonomie a rovnosti stran, koncepčně vhodným prostředkem k řešení pracovněprávních sporů, byť historicky lze podobné tendence doložit – k alternativnímu řešení pracovněprávních sporů docházelo v určité podobě již v období Rakouska-Uherska, kdy příslušnost patřila tzv. živnostenským soudům, tedy oborově specializovaným orgánům, jejichž členové byli voleni stranami (zaměstnavateli a zaměstnanci na paritním principu). Pichrt také uvádí, že rozhodčí řízení může představovat vhodnou alternativu s ohledem na délku trvání řízení a tím i reálnou vymahatelnost práva.²⁹⁷

Faktem však je, že rozhodčí řízení jako metoda řešení pracovněprávních sporů je v českém právu de lege lata přípustná (za podmínek splnění obecných kritérií arbitrability dle § 2 ZRŘ). V okolních jurisdikcích (zejména v Rakousku, ale také v Německu, kde se práva zaměstnanců těší obecně vysokému standardu ochrany), navíc dochází k postupnému rozšiřování arbitrability těchto sporů.²⁹⁸ Nutnost naplnění podmínky majetkového sporu nicméně z okruhu arbitrabilních pracovněprávních sporů patrně

296KYZLINKOVÁ, Š., Intraunijní arbitráž: Veřejná podpora jako možný limit vykonatelnosti rozhodčího nálezu, *Obchodněprávní revue* 6/2016, str. 168, dostupné z: informační systém Beck-online.

297PICHRT, J., Alternativní způsoby řešení sporů v pracovněprávních vztazích – minulost, současnost a budoucnost, *Právní rozhledy* 21/2013, str. 725

298BĚLOHLÁVEK, A., Arbitrabilita v pracovněprávních vztazích, *Bulletin Advokacie*, 9/2007, str. 23. Zde je poukázáno zejména na rozšiřující se podmínky arbitrability v Rakousku, a „liberální a extenzivní přístup k otázce arbitrability“ v Německu.

vylučuje spory ohledně platnosti či neplatnosti ukončení pracovního poměru, které se charakterem spíše blíží sporům statusovým.²⁹⁹

Autor ze své praxe nicméně potvrzuje, že rozhodčí doložky se v pracovněprávních dokumentech standardního typu prakticky nevyskytují. Lze je naopak nalézt v některých smlouvách s řídícími pracovníky, tzv. manažerských kontraktech, anebo ve smlouvách typově se pracovněprávním smlouvám blížícím, například ve smlouvách o výkonu funkce členů statutárních orgánů. V těchto případech již bývá rozdělení na „slabší“ a „silnější“ smluvní stranu velmi relativní.

Oblast arbitrability pracovněprávních sporů nemá ani tak bezprostřední význam pro téma NLM, jako spíše pro celkový kontext, ve kterém se rozhodčí řízení aktuálně nachází. Pracovněprávní vztah je svým základem soukromoprávní a jeho dopady jsou primárně majetkové. Důvody kogentní úpravy pracovního práva ve státním právu jsou zejména historicky determinované a v jednotlivých státech se významně liší. Téma globalizace práva se však nevyhýbá ani této oblasti a pojem „transnárodního zaměstnávání“, tedy transnational employment, je v právním diskurzu zakořeněn a míní se jím zejména úpravu právních poměrů u zaměstnanců vykonávajících závislou práci napříč vícero jurisdikcemi³⁰⁰. Pro určení rozhodného práva se v takovém případě mohou použít normy evropského mezinárodního práva, konkrétně čl. 8 nařízení Řím I, které jako hlavní kolizní kritérium stanoví právě volbu práva provedenou stranami, při absenci volby rozhodného práva stranami pak nastupuje kritérium místa výkonu práce a právo místa provozovny, která zaměstnance zaměstnala³⁰¹. Posledním kritériem je potom úniková klauzule čl. 8 odst. 4 nařízení (právo místa nejužšího spojení).

Pracovněprávní vztahy nejsou předmětem úpravy NLM. Do budoucna však lze očekávat, zejména v souladu s procesem propojování trhu práce v globální realitě, tlak na vytvoření univerzální pracovněprávní úpravy. V současnosti se však jedná pouze o

²⁹⁹BĚLOHLÁVEK, A., tamtéž.

³⁰⁰Druhým, alternativním významem je právo zaměstnávání cizích státních příslušníků obecně, zejména například v kontextu rostoucího migračního pohybu, např. v: GORDON, J., Transnational Labor Citizenship, Southern California Law Review, vol. 80, p. 503, 2007, dostupné z: www.ssrn.com

³⁰¹Čl. 8 nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy

úvahy o možném vývoji.

4.8.6. Arbitrabilita směnečných sporů

Podle státního (českého) práva je umožněna arbitrabilita směnečných sporů, což je potvrzeno názorem Vrchního soudu v Praze, rozhodnutí sp.zn. 5 Cmo 141/2008 ze dne 20.05.2008.³⁰² Dále je to potvrzeno názorem Nejvyššího soudu v rozhodnutí sp.zn. 29 Cdo 3613/2009 ze dne 30.11.2011, kde soud konstatuje, že „rozhodčí smlouvu lze uzavřít i ohledně sporu o zaplacení směnky.“³⁰³ Vzhledem k praxi směnečných obchodů zde často vyvstává otázka, mezi kterými stranami je rozhodčí doložka závazná. S tímto problémem se musel vypořádat Nejvyšší soud v nedávném rozhodnutí sp.zn. 29 Cdo 3309/2015 ze dne 27.10.2015, kde soud konstatoval, že „žalobce, na kterého byla směnka indosována po protestu pro neplacení nebo po uplynutí lhůty k protestu, je jakožto právní nástupce původního věřitele vázán rozhodčí smlouvou uzavřenou tímto věřitelem“³⁰⁴.

Zde je zajímavé poznamenat, že směnka může dle aktuální judikatury Vrchního soudu v Praze sloužit rovněž k zajištění pracovněprávního nároku³⁰⁵. Aplikace těchto závěrů v podmínkách státního práva do konkrétní podoby smluvní dokumentace však musí být prováděno s maximální opatrností a se zohledněním obecných zásad pracovního práva. Odlišná situace by mohla nastat v případě, že by se mělo jednat například o mechanismy sloužící k zajištění pracovněprávních nároků společností vůči zaměstnancům na vrcholových pozicích, kteří vykonávají svou práci ve více jurisdikcích, případně jsou příslušníky jiného státu než státu původu svého zaměstnavatele. Další vývoj rozhodovací praxe vyšších českých soudů v této oblasti

302Právní věta zní: „Nároky ze smének lze uplatnit v rozhodčím řízení.“ Rozh. 5 Cmo 141/2008 dostupné z: www.beck-online.cz

303Rozhodnutí sp.zn. 29 Cdo 3613/2009 ze dne 30.11.2011 je dostupné z www.beck-online.cz

304 Viz rozsudek Nejvyššího soudu 29 Cdo 3309/2015 ze dne 27.10.2015

305 Takto rozhodl Vrchní soud v Praze například v rozsudku sp.zn. 2 Cmo 197/2015 ze dne 02.06.2016, ve kterém konstatoval, že s účinností od 01.01.2012 došlo k derogaci ust. § 13 odst. 2 písm. g) zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, a nic tak nebrání zajištění nároku zaměstnavatele vůči zaměstnanci prostřednictvím směnky. Takový závěr fakticky komplikuje uplatnění případných kauzálních námitek ohledně nepřipustnosti zajištění pracovněprávních vztahů směnkami. Bude v tomto ohledu zajímavé sledovat, jak o dané věci rozhodne Nejvyšší soud ČR, případně take Ústavní soud. Závěry Vrchního soudu se dají potenciálně označit pro zaměstnance za rizikové a je otázkou, zda nejsou v rozporu se základními zásadami pracovního práva, zejména zásadou ochrany zaměstnance.

však bude zajímavé pozorovat, zejména z hlediska možné revize závěrů citovaných rozhodnutí ze strany Nejvyššího soudu či Ústavního soudu.

4.8.7. Arbitrabilita spotřebitelských sporů

Arbitrabilita spotřebitelských sporů byla vnímána historicky jako oblast komplikovaná a tomu odpovídaly také příslušné úpravy legislativy, například dřívější „spotřebitelská“ novela ZRR³⁰⁶. V českém právu došlo v tomto směru k zásadní změně v podobě přijetí zákona č. 258/2016 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o spotřebitelském úvěru (zákon č. 257/2016 Sb.). Touto novelou došlo k zařazení ustanovení o vyloučení arbitrability sporů ze smluv mezi spotřebitelem a podnikatelem do § 2 odst. 1 ZRR a ukončení debaty o rozsahu a možnostech spotřebitelské arbitráže. Důvodová zpráva se k motivům přijetí této úpravy přímo nevyjadřuje, důvody však lze patrně hledat jak v otázce nákladů na vedení arbitráže, tak v obecné nevhodnosti arbitráže pro řešení sporů mezi silnější a slabší smluvní stranou tehdy, pokud je rozdíl v jejich faktickém postavení příliš výrazný.

4.8.8. Nearbitrabilní spory

Napříč jednotlivými jurisdikcemi lze za nearbitrabilní prakticky vždy označit následující druhy sporů: otázky postavení (statusu) či svéprávnosti, otázky spojené s trestní odpovědností, spory ohledně nároků na dávky z veřejných zdrojů (typicky dávky ze systému sociálního pojištění), spory o věcech, které by byly *contra bonos mores*, tedy odporující dobrým mravům³⁰⁷. Poslední zmíněné potvrzuje již rozhodnutí rozhodčího soudu ICC č.1110 z roku 1963³⁰⁸, ve kterém rozhodčí soud konstatoval, že podle francouzského práva, podobně jako soudy státní, ani ty rozhodčí nebudou poskytovat součinnost při uplatňování nároku, který by byl v rozporu s dobrými mravy. Při uplatnění takového nároku tak není dána příslušnost rozhodčího soudu.³⁰⁹

306 Zákon č. 19/2012 Sb. ze dne 20.12.2012, kterým se mění zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony

307BARTOŠ, D., DOBIÁŠ, P., Skotský zákon o rozhodčím řízení z roku 2010 v porovnání s českou právní úpravou, Jurisprudence, č. 40, r. 2015, str.

308 Text nálezu dostupný z: https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq-/

309MOURRE, A., Arbitration and Criminal Law, in: MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International BV, 2009, str.

Navzdory výše řečenému však není ani oblast trestního práva pro rozhodčí řízení zcela zapovězená. Normami trestního práva se rozhodci v mezinárodních obchodních případech zabývají nepřímo, a to v souvislosti s otázkami, které je třeba v průběhu rozhodování o věci samotné zvážit. Mourre poukazuje na skutečnost, že normy mezinárodních a státního práva, které postihují nezákonné jednání určitých subjektů, jsou stále jednotnější a rozhodci v mezinárodních případech mají profesní povinnost je brát v úvahu.³¹⁰

Walker formuluje dvě skupiny důvodů, které zavádějí pochybnosti o arbitrabilitě sporů. Jsou jimi důvody charakteru „*erga omnes*“ a důvody charakteru „*ius cogens*“.³¹¹ Za první z nich považuje možný negativní dopad rozhodčího řízení do sféry třetích osob. To lze snadno dokumentovat na omezení arbitrability incidenčních sporů (resp. rovnou vyloučení, jako například v českém právním řádu). V širším pojetí pak lze pod tento pojem zařadit jakékoliv aspekty, které se týkají veřejného zájmu.

Důvodem „*ius cogens*“ je jednoduše řečeno obava o zajištění standardu rozhodovací praxe s ohledem na nepřípustnost věcného přezkumu rozhodčího nálezu a se zohledněním skutečnosti, že rozhodci jsou vázáni volbou stran ohledně práva rozhodného pro posouzení merita sporu. Jako cesty řešení pak připadá v úvahu zajištění odpovídajícího standardu výběru rozhodců, kteří tvoří mezinárodní rozhodčí tribunály, a dále také rozvoj samotné rozhodovací činnosti s přihlédnutím k mezinárodnímu charakteru sporů.

Výše uvedené poznatky o omezení arbitrability v mezních oblastech tuto obecnou Walkerovu tezi potvrzují. Regulace arbitráže ze strany státní právní úpravy je ve sporech, kde by mohlo v širším měřítku docházet ke zneužívání tohoto institutu nadále značná a jak je patrné například na legislativním vývoji v oblasti řešení spotřebitelských sporů, nadále se zpřísňuje. Prolomení této přisnosti je dovozována spíše výkladem

207 a násl.

310MOURRE, A., tamtéž, str. 209.

311WALKER, J., Arbitrability: Are there Limits?, LCIA Symposium, 2004, Montreal, The Promise of International Commercial Arbitration, Working Paper, dostupné z: www.ssrn.com, str. 8 a násl.

stávajícího práva ze strany soudů než přímo liberalizací právní úpravy. Lze tak pozorovat, že světy rozhodčího řízení „domácího“ a mezinárodního se začínají vzájemně oddalovat.

4.9. Shrnutí kapitoly

Arbitrabilita je základní objektivní podmínkou konání rozhodčího řízení z pohledu určitého právního řádu. Současný vývoj úpravy státního práva vede v některých oblastech k rozšiřování a v jiných ke zužování jejích podmínek, přičemž hlavním obecným předpokladem přípustnosti rozhodčího řízení zůstává podmínka majetkového charakteru sporu mezi stranami a možnost uzavření soudního smíru. Státy si nicméně nadále ponechávají výlučnou kompetenci k řešení sporů prostřednictvím soudní soustavy ve věcech narážejících na nemateriální zájem společnosti (například v otázce statusové či v otázkách rodinných) a na limit veřejného pořádku jako takového, tedy ve věcech, které významně vybočují z ekonomické soutěže mezi stranami. Kategorii veřejného pořádku lze považovat za faktický limit arbitrability, který se projeví v praktických důsledcích výkonu rozhodčího nálezu.

V mezinárodním kontextu lze otázku arbitrability nejlépe zkoumat prizmatem NYÚ, která výslovně v čl. II odst. 1 v poslední větě stanoví, že smluvní stát uzná takovou rozhodčí doložku, která se týká věci, která „může být vyřízena rozhodčím řízením“, dále pak dle čl. V odst. 2 písm. b) může být rozpor s podmínkami arbitrability důvodem odepření uznání či výkonu nálezu. Arbitrabilita je tedy podmínkou uznání rozhodčího nálezu v režimu NYC. Čl. V odst. 2 zjevně odkazuje k *lex fori*, tedy právu státu, ve kterém sídlí exekuční soud.

Důvody „nearbitrability“ lze rozdělit do dvou základních rovin:

- a) do roviny procesní;
- b) do roviny hmotněprávní.

V první uvedené rovině se zejména jedná o překážku co do charakteru sporu – to se projeví zejména ve výše uvedených oblastech (pracovní právo, spotřebitelské vztahy,

insolvenční řízení atd.)³¹². Druhá uvedená rovina vychází z podmínek určování soudní příslušnosti, respektive mandatorní příslušnosti státních soudů pro rozhodování určitých případů. Tento přístup je vnímán jako přezítý³¹³.

Je dále třeba rozlišovat platnost rozhodčí doložky coby základního předpokladu konání rozhodčího řízení³¹⁴ jako takové a překážku v podobě nearbitrability sporu. Rozhodčí doložka (nejen v podmínkách transnárodního práva) představuje soukromoprávní ujednání mezi stranami a její případná neplatnost se tak projeví až ve vztahu k určitému právnímu řádu, a to v případě uznání a výkonu rozhodčího nálezů, případně v situaci, kdy je určitý nálezn napaden u soudu dotčeného státu³¹⁵. Otázka platnosti rozhodčí doložky ve vztazích s přeshraničním prvkem nejdříve podléhá otázce kvalifikace a určení rozhodného práva. V podmínkách českého práva se přípustnost rozhodčí smlouvy posoudí ve smyslu § 117 odst. 1 dle práva českého. Pro doložku navíc platí zásada oddělitelnosti, tedy, že její platnost není přímo závislá na platnosti smlouvy jako celku. Zásadu oddělitelnosti respektují také normy NLM, typicky princip č. XIII. 2.4. odst. c) Principů trans-lex, který stanoví, že neplatnost smlouvy hlavní neznámá automaticky neplatnost rozhodčí doložky.

312 Podobné výjimky lze nalézt prakticky v každé státní úpravě, byť se liší. Například dle čl. 1030 německého ZPO nejsou arbitrabilní spory z nájemních vztahů k bytům, a dále na veškeré nemajetkové vztay, ve kterých není možné mezi stranami uzavřít smír.

313 ARFAZADEH, H., Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited, Arbitration International, vol. 17., 2001, str. 73

314 Dobiáš upozorňuje na možnost konání rozhodčího řízení i v situaci absence platné rozhodčí doložky mezi stranami, a to s odkazem na § 1 odst. 2 Řádu Rozhodčího soudu při HKČR, který stanoví, že pravomoc rozhodčího soudu může být založena také mezinárodní smlouvou. In.: DOBIÁŠ, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, Praha: Leges 2013, str. 427.

315 Jak poznamenává Růžička: „Odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezů českým soudem (např. z důvodu jeho rozporu s českým veřejným pořádkem) neznámá, že by se takové rozhodnutí českého soudu nějak dotýkalo samotného rozhodčího nálezů. Nikterak se nedotýká jeho platnosti či vykonatelnosti, protože rozhodčí nález i nadále existuje a je vykonatelný. Oprávněný tak má možnost pokusit se o uznání a výkon takového rozhodčího nálezů v jiné zemi, kde mohou být podmínky pro odepření uznání a výkonu z důvodu veřejného pořádku jiné než v ČR.“ In: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, komentář k § 121 ZMPS.

5. APLIKACE NLM V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ A LIMIT VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

5.1. Základní varianty vztahu NLM a státního či mezinárodního práva

Pokud je NLM skutečně právním řádem *sui generis* regulujícím oblast mezinárodního obchodu, dostává se do nevyhnutelného střetu s právem státním, mezinárodním a právem Evropské unie. Důvodem je, že potenciálně reguluje shodné oblasti a vztahuje se na shodný vymezený okruh subjektů. Kromě toho, že v jednotlivých případech může nastat kvalifikační problém, zůstává i v případě jeho vyřešení stále otevřená otázka dalších dopadů normy transnárodního práva, která není s právem státním v souladu.

Z hlediska právní vědy lze koncepčně v obecné rovině rozlišit na dvě varianty vztahu práva státního a transnárodního – na vztah vertikální a horizontální, z nichž první bych nazval konformním a druhý kontroverzním. Vztah státního práva a NLM je rovněž někdy popisován aplikací NLM, a to na případy subsidiární aplikace NLM, aplikace NLM jako rovnocenného práva jednotlivým právním řádům a přednostní aplikace NLM.

- 5.1.1. **Vertikální pohled na vztah státního a transnárodního práva** nám říká, že NLM je podřízeno státnímu a mezinárodnímu právu a je možné jej uplatnit jen v mezích toho, co takové právo dovoluje. NLM tedy může působit jen subsidiárně, jako doplněk státního práva v určitých specifických otázkách, na které nenabízí státní právo dostatečně vyčerpávající odpověď. Varianta subsidiární aplikace NLM v současném právním diskurzu nevzbuzuje zásadní kontroverze.³¹⁶ Tento pohled zastává fakticky Pauknerová, byť jej tak neoznačuje, když uvádí, že: „právní normy mohou být vytvářeny jen státy, ať vlastními právními předpisy nebo mezinárodními smlouvami, popřípadě v rámci činnosti mezinárodních a nadnárodních organizací. Úprava vyplývající z uvedených (myšleno nestátních) prostředků se stane pro účastníky

³¹⁶ DRLIČKOVÁ, K., Aplikace úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží před rozhodci, CPVP – Časopis pro právní vědu a praxi, 2013, č. 3, str. 327

závaznou jen tím, že ji učiní při zakládání konkrétního právního poměru součástí své smlouvy, která se však musí opírat o určitý právní řád. Učinit tak mohou, neboť prakticky každý právní řád připouští v závazkovém právu rozsáhlou smluvní volnost stran.³¹⁷

NLM takovým pohledem vlastně není plnohodnotný právní řád, a to i v situacích, kdy si smluvní strany takové právo pro daný vztah zvolí, pak se takové zvolené právo uplatní jen v mezích kogentních norem státního či mezinárodního práva. Někteří autoři nazývají takovou volbu NLM za možnou a bezproblémovou jak pohledem rozhodčích, tak státních soudů³¹⁸, je však zároveň faktem, že z pohledu českého práva je možnost volby nestátního práva jako práva rozhodného pro určitou smlouvu (a tedy, také jaké práva, dle kterého bude z hmotněprávní stránky posuzován spor) přinejmenším sporadická³¹⁹. Z pohledu otázky interpretace norem NLM se také hovoří o tzv. subsidiární aplikaci NLM.³²⁰

Vertikální pohled je tedy koncepčně vztahem podřízenosti transnárodního práva právu státnímu. To se promítá také do otázky arbitrability a do podmínek uznání a výkonu rozhodčích nálezů. Zde je nutno jednoznačně respektovat limity stanovené státní a mezinárodní právní úpravou, jak je v detailu uvedeno níže.

5.1.2. Pohledem horizontálním by se pak v případě NLM jednalo o svébytný právní řád, který může být s právem určitého státu či s mezinárodním právem v rozporu, ale z důvodu volby práva provedeného stranami pro daný právní vztah má před státním právem přednost. Takové dělení má význam zejména při aplikaci norem NLM. Otevírá však také cestu k řešení otázky arbitrability dle státního a nestátního práva.

317 PAUKNEROVÁ, M., in: KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RUŽIČKA, K. et al., Mezinárodní právo soukromé, 8. vyd., Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, str. 214.

318 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 270.

319 Zákon č. 91/2012 Sb. ve svém ust. § 87 volbu nestátního práva vylučuje. Ohledně interpretace tohoto ustanovení panuje napříč odbornou veřejností shoda, přičemž častým argumentem je odvolání se na úpravu evropského práva.

320 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž.

Horizontální teorie představuje kontroverznějším přístup. Lze ji shrnout do teze, že NLM je takovým pohledem rovnocenný právní řád k právu státnímu, mezinárodnímu a evropskému. Normy NLM by takovým pohledem mohly přímo odporovat kogentním či dokonce imperativním normám státního práva, ale přesto by na základě volby rozhodného práva stranami byly mezi stranami sporu rozhodné a aplikované. Převažující názor na takové pojetí je, že jeho závěry jsou nepřijatelné, zejména pak ve fázi, kdy již má být v určité věci rozhodováno rozhodčím soudem.³²¹

V oblasti arbitrability by horizontální pohled vedl k tomu, že objektivní arbitrabilita státního a mezinárodního práva vůbec nezasahuje do arbitrability dle norem NLM. Jakkoliv je tento pohled teoreticky zajímavý (snad pro úvahy *de lege ferenda*), nelze jej v praxi pozorovat, a to z důvodu aktuálního systému, na kterém spočívá uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů.

5.2. Současná volba NLM a státního práva

V některých případech může dojít k situaci, kdy si smluvní strany výslovně zvolí pro určitý smluvní vztah jak právo státní, tak určité právní zásady či principy v oblasti mezinárodního obchodu, tedy fakticky normy, které lze podřadit pod NLM. Zde je nutno rozlišovat mezi situacemi, kdy by v rámci jednoho právního jednání mělo dojít ke štěpení statutu, anebo kdy se jedná například o volbu doplňkovou, kdy zvolené obchodní zásady a principy mají sloužit jako interpretační doplnění rozhodného práva, kterým bude většinou právo státní.

5.3. Střet státního a nestátního práva

Lex mercatoria je kontroverzní pojem³²² a je terčem kritiky v oblasti obchodního práva,

³²¹ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 271.

³²²Bělohávek jej ve svém komentáři k § 37 ZRŘ nazývá „quasi-systémem“ a také v ostatních částech této publikace se k tomuto transnárodního práva jako takovému staví velice kriticky. Velmi kritický býval napříč svou publikační činností vůči *lex mercatoria* rovněž Kučera. Je třeba konstatovat, že vysoká míra skepse vůči *lex mercatoria* setrvává také v soudobé české právní vědě.

zejména potom v zemích s anglo-americkou právní kulturou³²³, a to navzdory tomu, že z anglo-americké právní kultury značně čerpá. Klasickým kritikem je Mustill, který proti *lex mercatoria* argumentuje jak po stránce praktické, tak teoreticko-koncepční. Zejména namítá, že požadované univerzality nebude dosaženo ani prostřednictvím takového globálního práva. Pochybuje ale zejména o tom, zda může být *lex mercatoria* vůbec nazváno právem, protože je problematické najít zdroj autority takového práva.³²⁴

Univerzalista Lando se k teorii *lex mercatoria* naopak nestaví zdaleka takto kriticky a vyjadřuje dokonce přání, aby se i principy *lex mercatoria* vtělily do principů evropského smluvního práva. Shrnuje následující body, které propůjčují *lex mercatoria* legitimitu³²⁵:

- a) *Lex mercatoria* je legitimní, protože podle tohoto práva fakticky rozhodují rozhodci mezinárodních rozhodčích soudů. Validita norem určitého právního řádu je socio-psychologická kategorie odvíjející se od toho, zda ti, kteří mají pravomoc tyto normy aplikovat, je skutečně aplikují a zda jsou takové normy uznány státní autoritou. Lando dovozuje, že národní soudy aplikaci *lex mercatoria* soudy rozhodčími uznaly, stejně jako prameny mezinárodního soukromého práva a mezinárodního obchodního práva (Anglický *Arbitration Act* 96', Italský občanský soudní řád v čl. 834 anebo Vzorový zákon UNCITRAL v čl. 28). Zde se tak setkáváme s faktickým pojmáním důsledků střetu státního práva a NLM, a to odkazem na praxi rozhodčího řízení.
- b) *Lex mercatoria* sice může být bez jasně vymezeného hmotněprávního obsahu, nicméně nikdy se nejednalo o právo, které by bylo zcela bezobsažné. Lando přitom přiznává, že tendence „kodifikace“ transnárodního práva má vzrůstající tendenci.
- c) *Lex mercatoria* je legitimní také s ohledem na skutečnost, že zahrnuje některé

323PRYLES, M., Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 2008, dostupné z: http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/17_pryles_2008.pdf, str. 324

324MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arb.Int'l 1988.

325LANDO, O., The Rules of European Contract Law, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN, 1999, kap. III, str. 127-136 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html>

široce uznávané principy práva, např. *pacta sunt servanda* a jiné (viz výše). *Lex mercatoria* je díky tomu ve svých základech konformní s ostatními právními řády.

- d) Mezery a nejasnosti lze najít také napříč státními právními řády, nejedná se jen o problém *lex mercatoria*. Vedle toho, některé z principů regulující mezinárodní obchod, které jsou součástí státních právních řádů, mohou být nevhodné pro interpretaci mezinárodních obchodních smluv.
- e) Žádná ze stran v případném sporu nemá „domácí“ podmínky – *lex mercatoria* zajišťuje nestrannost. Rovněž se domnívám, že v případě rozhodování sporů před rozhodčími soudy dle NLM je snížen význam *forum shopping*, se kterou se musí pravidelně vyrovnávat např. evropské mezinárodní právo soukromé (například přijetím nařízení Brusel I bis reagujícím také na praxi „*Italského torpéda*“ dříve umožněnou ve spojení s rozhodnutím Gasser³²⁶).

Lando uvádí také některé z argumentů proti NLM, založených převážně na tom, že NLM postrádá „ručení“ ze strany státního práva. Žádný státní právní řád NLM výslovně neuznal, ani žádný z pramenů NLM neratifikoval. Dále se pozastavuje nad neurčitým obsahem NLM, aplikace NLM navíc představuje hrozbu pro soudržnost jakéhokoliv jiného práva. Vše lze shrnout do teze, že jakýkoliv rozhodčí nález, stejně jako rozsudek řádného soudu, musí mít základ ve státním právu.³²⁷

Pokud uznáme legitimitu pojmu *lex mercatoria*, pak se diskuse o jeho charakteru a obsahu napříč odbornou veřejností dále odehrává nad třemi základními otázkami: zda je NLM skutečně právem autonomní povahy, zda NLM skutečně zahrnuje dostatečnou šíři norem, které by byly s to rozhodnout určitý spor a pokud skutečně existuje, zda nezahrnuje jen souhrn zvyklostí v mezinárodním obchodě.³²⁸

326 PAUKNEROVÁ, M., Evropské mezinárodní právo soukromé, 2. vyd., Praha: C.H.Beck, 2013, str. 116.

327 LANDO, O., The Rules of European Contract Law, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN, 1999, kap. III, str. 127-136.

328 PRYLES, M., Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 2008,

Lze tedy shrnout, že kritika NLM je napříč odbornou veřejností běžná a NLM je „drženo“ na uzdě státní právní úpravy. Obecně mu není přiznávána zcela autonomní povaha a nelze ji v praktické rovině ani z ničeho dovodit. Takový závěr však sám o sobě nevylučuje aplikaci NLM na smluvní vztah mezi stranami a následně také na rozhodčí řízení, jak ostatně vyplývá z některých norem, např. z čl. 28 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL³²⁹. Nezbyvá tedy, než se pokusit vymezit konkrétní hranici mezi oběma „světy“ na příkladu otázky arbitrability důsledky překročení takové hranice v oblasti uznání a výkonu rozhodčího nálezu.

5.4. Obecné otázky aplikace NLM v rozhodčím řízení

Obecné vnímání NLM je aktuálně takové, že jeho možnosti uplatnění v rozhodčím řízení jsou omezené³³⁰. Užití NLM v mezinárodní obchodní arbitráži je přesto často diskutovaným jevem, který má zastánce i kritiky. Relativní četnost jednotlivých případů aplikace NLM zejména v rozhodovací praxi Rozhodčího soudu ICC však z domněnky činí realitu a diskuse se tak již neodehrává jen v rovině hypotetické. V akademických názorech přesto převládá skepse s odvoláním na argumenty v zásadě podobné těm, které hovoří proti NLM jako takovému. Je poukazováno zejména na skutečnost, že aplikace norem NLM rozhodci práci neusnadňuje, ale naopak komplikuje, a to s ohledem na nejasné vymezení aplikovatelných norem a nutnost rozhodovací proces zatížit složitým komparativním přístupem.³³¹ Přesto je však třeba konstatovat, že většina pramenů, které řadím mezi prameny NLM (viz. výše), logicky aplikaci NLM nevylučují. NLM může být v mezinárodní arbitráži přítomno jak v rovině hmotněprávní, tak v rovině procesní, tedy jako právo, které upravuje otázky vedení samotného řízení.

Otázka toho, normy jakého práva na kterou část vztahu mezi stranami aplikovat, může být v realitě mezinárodního obchodu velice komplikovaná. Je poukazováno na možnost,

dostupné z: http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/17_pryles_2008.pdf

329, „The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.“

330 GÜCER, S., *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Ankara Bar Review, 2009, vol. 1, str. 30.

331 BERGER, K.P., DUBBERSTEIN, H., LEHMANN, S., PETZOLD, V., *The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration - Background, Procedure and Selected Results*, dostupné z: www.trans-lex.org

že v pro jedno konkrétní rozhodčí řízení může být v konečném důsledku relevantních až pět různých právních řádů, a sice:

- a) právo, dle kterého se posuzuje způsobilost stran uzavřít rozhodčí smlouvu,
- b) právo, kterým se řídí samotná rozhodčí doložka a práva a povinnosti z ní,
- c) právo, kterým se řídí samotné rozhodčí řízení, tedy tzv. *lex arbitri*,
- d) právo, které je rozhodné pro meritum sporu,
- e) právo, kterým se řídí otázky související s uznáním a výkonem rozhodčího řízení.³³²

I v rámci jednotlivých kategorií může dojít do určité míry k další stratifikaci. V kontextu hmotného práva se hovoří o tzv. *depecage*, tedy stavu kombinace několika rozhodných právních řádů pro jeden smluvní vztah³³³. V případě tohoto dělení statutu je třeba provést při řešení každé samostatné otázky také analýzu rozhodného práva. K tomuto stavu ve většině případů nedochází záměrně, spíše se jedná o výsledek analýzy jednotlivých aspektů konkrétního smluvního vztahu.³³⁴

V každé z uvedených rolí by mohlo teoreticky figurovat také právo transnárodní, tedy zejména NLM, pakliže by se mělo jednat o plnohodnotný právní systém. Sporné se taková teze může jevit jak s ohledem na body a) a b) výše, jelikož zahrnují také posouzení statusových otázek a dotýkají se otázky veřejného pořádku, tak zejména bodu e), který i v kontextu transnárodních pramenů práva zůstává stále závislý na státním právu.

Prvním předpokladem pro konání rozhodčího řízení je samozřejmě platně uzavřená rozhodčí smlouva, ať již v podobě rozhodčí doložky, dodatečné smlouvy o konání rozhodčího řízení či v jiné variantní podobě³³⁵. Ve smyslu NLM se platnost rozhodčí smlouvy posoudí podle práva, které si strany dohodly jako právo rozhodné pro

332 TWEEDDALE, A., TWEEDDALE K., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2005, str. 180.

333 ROZEHNALOVÁ, Naděžda, *Právo mezinárodního obchodu*, 3. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, str. 257.

334 SYMEONIDES, S., C., *Issue-by-Issue Analysis and Depecage in Choice of Law: Cause and Effect*, *The University of Toledo Law Review*, vol. 45, 2013, dostupné z: www.ssrn.com

335 Možné je například uzavření víceetapňové doložky o řešení sporů, která kombinuje více způsobů řešení vzniklých neshod mezi stranami. Ve vlastní praxi se poměrně často setkávám s kombinací negociace a arbitráže, přičemž negociační fáze bývá časově omezena.

smlouvu, která rozhodčí doložku (smlouvu) obsahuje. Alternativním kritériem je potom posouzení platnosti rozhodčí smlouvy dle práva místa konání rozhodčího řízení.³³⁶ Formální náležitosti takové smlouvy se potom určí podle práva státu, na jehož území se rozhodčí řízení koná.³³⁷

Nastíněná „pestrost“ možných relevantních právních řádů na určité právní jednání mezi stranami je ještě zdůrazněna skutečností, že rozhodčí doložka představuje samostatnou dohodu stran v rámci vzájemného ujednání, což vychází z teorie separability rozhodčí doložky od smlouvy hlavní. Tuto teorii respektují také některé recentní procesní právní úpravy rozhodčího řízení, například čl. 32 odst. 3 LCIAR, který dokonce stanoví pravomoc rozhodčího soudu rozhodnout spor i za situace, kdy část rozhodčí doložky jako takové je stižena neplatností – pokud ovšem nedojde tímto přístupem k rozporu s rozhodným právem³³⁸.

V mezinárodní arbitráži může být aplikace NLM založena dvojím způsobem: výslovnou volbou stran, anebo volbou provedenou rozhodčím soudem. Tweeddale uvádí, že pokud má o rozhodném právu rozhodnout rozhodčí soud, pak musí zvážit zejména tři následující otázky:

- a) zda je možné přihlédnout k jednání stran a dle něj dovodit, že strany měly úmysl volbu určitého práva provést,
- b) zda je zapotřebí pro různé aspekty vzájemného vztahu mezi stranami sporu volit různé právní řády,
- c) zda je nezbytně nutné, aby rozhodčí soud aplikoval státní právo.³³⁹

Jedním ze stěžejních principů obsažených v normách NLM (ale také ve státní právní

336Viz. čl. XIV.1. odst. a) Principů Trans-lex.

337Viz. čl. XIV.1. odst. b) Principů Trans-lex.

338London Court of International Arbitration Rules 2014, dostupné z: http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 32. K uvedenému tématu autor poznamenává, že LCIAR představuje velmi prakticky orientovanou a moderní procesní úpravu. Například svým institutem předběžných opatření rozhodčích soudů. V rozhodčím řádu LCIA je tento upraven například v čl. 25, přičemž oprávnění rozhodčího soudu jsou zde uvedena taxativně, ale velice prakticky (pro obchodní vztahy vnímám jako velmi zajímavou možnost nařízení poskytnutí bankovní jistoty podle čl. 25.1. bod i).

339TWEEDDALE, A., TWEEDDALE K., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2005, str. 181.

úpravě³⁴⁰) je přitom zásada, že v případě pochybností o platnosti určitého právního jednání má být takové jednání vykládáno spíše jako platné či neplatné, tedy *in favorem validitatis*. Rovněž tedy ne zcela určité či „perfektní“ ustanovení o volbě pravidel NLM pro daný smluvní vztah může vést rozhodčí soud (se zohledněním kritérií a) – c) uvedených výše) k závěru, že bude rozhodovat v souladu s normami NLM.

5.5. NLM jako hmotné právo v mezinárodní arbitráži

Hmotným právem v mezinárodní obchodní arbitráži je myšleno právo rozhodné pro řešení merita sporu, tedy obligační statut smlouvy. Z hlediska jeho určení se v teoretické rovině projevují dva základní přístupy k jeho určení: a) teritoriální přístup a b) smluvní přístup.³⁴¹ Teritoriální přístup je etatistický, nerespektující myšlenku delokalizace arbitráže. Podle něj se aplikují normy práva určeného dle mezinárodního soukromého práva státu, ve kterém je rozhodčí řízení konáno. Takovým pohledem nedochází přímo k vyloučení možné aplikace hmotněprávních norem NLM, ty se však musí vždy aplikovat v mezích kogentních ustanovení rozhodného státního práva³⁴² a nelze tak ani teoreticky uvažovat o rovném postavení NLM se státní právní úpravou. Naopak přístup smluvní vychází z myšlenky smluvní autonomie, tedy ze základní zásady, na které je rozhodčí řízení postaveno.

Otázka rozhodného práva pro meritum sporu má zásadní význam proto, že na jejím zodpovězení závisí posouzení věci samotné. Prioritní význam zde hraje samozřejmě zásada smluvní autonomie, logicky také v oblasti norem NLM. To je patrné například z formulace čl. XIII.4.1. Principů Trans-lex či odvozeně z čl. 28 odst. 1 Vzorového zákona UNICITRAL, kdy je vždy upřednostněna volba rozhodného práva provedená stranami. Až v případě absence takové volby rozhodne o uvedené otázce rozhodčí soud, což se však nemusí vztahovat pouze k rozhodování mezinárodního rozhodčího soudu. Tak například, ve věci *Zarnikow vs. Rotl Schmudt & Co*²³ dospěl soudce (Lord Justice)

340 Ust. § 574 NOZ: „Na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než neplatné“ je odrazem zásady *potius valeat actus quam pereat*, která představuje již zásadu římskoprávní. Její zahrnutí mezi normy NLM, například prostřednictvím čl. XIII odst. 1.2. Principů trans-lex, je dokladem blízkosti státního a transnárodního práva, zejména v rovině principiální.

341 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 254.

342 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž, str. 255.

Banks k závěru, že aby měl rozhodčí soud skutečně kontrolu nad rozhodčím řízením v obchodní věci, pak je nutné, aby mohl aplikovat také pravidla stojící mimo právo.³⁴³ Z toho lze dovodit možnost přímé aplikace nestátních právních norem pro rozhodování v mezinárodních obchodních věcech. Teorii NLM nicméně neodpovídá skutečnost, že by takové normy byly považovány za „mimoprávní“. Je také zřejmé, že státní soud by v případě použití norem nestátního původu nešel za hranice úpravy kogentních norem státního práva.

Možná je rovněž kombinovaná varianta, kdy rozhodce rozhodne o aplikaci norem, které lze podřadit pod pojem NLM, podpůrně, tedy pro řešení otázek, kde rozhodné právo nestanoví odpověď dostatečně určitě. K tomu došlo například v rozhodování Rozhodčího soudu ICC č. 9479 z r. 2001, ve kterém bylo ve smlouvě zvoleno právo státu New York, ovšem výslovně jen v otázce platnosti smlouvy. Soud s přihlédnutím k okolnostem dovodil, že záměrem stran bylo provést tuto volbu skutečně pouze k otázce platnosti smlouvy, nikoliv k otázkám dalším, a dále věc posuzoval dle „zásad mezinárodního obchodu“ a odkázal na Zásady UNIDROIT. Je zajímavé, že v uvedeném případě se rozhodčí tribunál automaticky zabýval také otázkou případného rozporu s veřejným pořádkem, který pro tento případ vyloučil.³⁴⁴

Možnost přihlédnutí k obchodním zvyklostem, které, pokud není ujednáno jinak, mají přednost před ustanoveními zákona, je přípustná také podle řádu Rozhodčího soudu při HKČR.³⁴⁵ Jako pramen těchto zvyklostí uvádí komentovaná literatura doložky INCOTERMS 2010. Jinak se však hovoří o „právu“, kterým se, v souladu s převažujícím výkladem domácí literatury, myslí právo státní. Přípustné je zde rovněž rozhodnutí podle zásad spravedlnosti, tedy *ex aequo et bono*, a to historicky s výjimkou případu spotřebitelských sporů.³⁴⁶ Při rozhodování *ex aequo et bono* se někdy objevuje tendence podřazovat NLM právě pod tuto kategorii. Může se jednat o důsledek neustálenosti pojmu a obsahu NLM, nicméně dle názorů současné teorie transnárodního

343 OREAGBUNAM, I., Enforcement of International Commercial Arbitral Awards based on Lex Mercatoria in Nigeria, International Journal of Business Law & Law Research, vol. 3, 2015, str. 53-59

344 Rozhodnutí je dostupné z: https://www.trans-lex.org/209479/_/icc-award-no-9479-icc-bull-12-no-2-at-67-et-seq/

345 MAISNER, M., TRAPL, V., Řád rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR: Komentář, Wolters Kluwer, 2012, komentář k § 9.

346 MAISNER, M., TRAPL, V., tamtéž.

práva je třeba takový pohled odmítnout, protože by vedl k popření pojetí NLM jako svébytného právního řádu. Odkaz na zohlednění principů ekvity je totiž vždy proveden v mezích určitého právního řádu jako takového – pokud by NLM představovalo jen principy ekvity, mohli bychom hovořit pouze o subsidiární aplikaci NLM v mezích určitého (státního) právního řádu, což je v přímém rozporu s autonomním pojetím NLM.³⁴⁷

V oblasti práva Evropské unie tvoří základ pro kolizní rozhodování o rozhodném právu nařízení Řím I, které do značné části v tomto směru nahradilo kolizní normy jednotlivých členských států. Také zde je v čl. 3 dána nejdříve přednost volby rozhodného práva stranami a až při její absenci připadá v úvahu aplikace některé z kolizních norem v čl. 4 a násl.. Na rozdíl od některých norem řazených do oblasti NLM je však nařízení Řím I aktuálně vykládáno tak, že umožňuje pouze volbu práva státního.

Zde je vhodné připomenout také čl. 17 Jednacího řádu Rozhodčího soudu ICC, který stanoví, že rozhodčí soud musí vzít v úvahu nejen ustanovení příslušné smlouvy, ale také obchodních zvyklostí, z čehož je někdy dovozována možnost subsidiární aplikace NLM³⁴⁸. Obecná úprava je však obsažena v čl. 21 Rozhodčího řádu ICC, dle kterého je v obecné rovině stranám sporu dána volnost ve výběru právních pravidel pro posouzení merita sporu.³⁴⁹ V případě absence volby určí rozhodné právo pro posouzení merita sporu rozhodčí soud. Ten určí taková pravidla, která jsou pro rozhodnutí o dané otázce „vhodná“.³⁵⁰ Odst. 2 poté nabádá soud k tomu, aby vždy vzal v úvahu ustanovení smlouvy a obchodní zvyklosti. Nutnost výkladu se tedy vztahuje zejména k pojmu „právních pravidel“ užitému v prvním odstavci.

Za explicitní volbu NLM jako práva rozhodného pro smlouvu se napříč literaturou

347 BERGER, K.P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

348 GÜCER, S., *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Ankara Bar Review, 2009, vol. 1, str. 38.

349 Pravidla používají termínu „rules of law“/„règles de droit“, tedy nikoliv přímo „law“/„droit“, což by po gramatické stránce spíše naznačovalo na určení státního práva. Vzhledem k tomu, že jediné dvě oficiální verze pravidel jsou anglické a francouzské znění, cituji přímo z nich. Pro srovnání, německý text pracuje s termínem „Rechtsregel“, tedy opět právních pravidel. Oficiální český překlad není ze strany ICC poskytnut.

350 Čl. 21 Jednacího řádu rozhodčího soudu při ICC, dostupné z: www.iccwbo.org

uznává odkaz na „obecné právní principy“, „*lex mercatoria*“, „praktiky a zvyklosti mezinárodního obchodu“ či podobné definice. Nelze přitom vyloučit, že z pohledu rozhodování státních soudů by taková volba práva mohla být vyhodnocena jako neplatná a soud by poté otázku rozhodného práva posuzoval podle norem mezinárodního práva soukromého. Judikatura státních soudů v podobném směru rozhoduje dlouhodobě. Již v rozhodnutí Nejvyššího soudu z 05.12.1929 je konstatováno, že „zvyklosti (v kontextu mezinárodního obchodu) jsou vykládací pomůckou pro projevy stran“³⁵¹ To potvrzuje také judikatura novější.³⁵² Obchodní zvyklost jako taková navíc není z pohledu státního práva postavena na roveň zákonu, protože nemá kvalitu právní normy a v případě jejího rozporu s obsahem smlouvy anebo se zákonem není způsobilá vůbec formu obchodní zvyklosti nabýt³⁵³ Případný odkaz na zvyklosti mezinárodního obchodu by tak státní (český) soud pravděpodobně poměřoval limitem domácí právní úpravy.

Shrnuto, volba NLM ve smlouvách je v rozhodovací praxi mezinárodních rozhodčích soudů respektována; dokonce někdy dochází i k tomu, že soud dovodí aplikovatelnost NLM (přesněji řečeno zásad mezinárodního obchodu) i v případě absence takové výslovné volby stranami.

5.6. NLM jako procesní právo v mezinárodní arbitráži

Primárním kritériem pro určení procesních pravidel je volba takových pravidel smluvními stranami. Tomu odpovídá např. čl. XIII 3.2. odst. a) Principů Trans-lex, který stanoví, že „strany mohou v mezích imperativních norem práva místa konání rozhodčího řízení zvolit procesní normy, kterými se rozhodčí řízení bude řídit“.³⁵⁴ Odst. b) téhož ustanovení potom stanoví, že v případě absence takové volby může rozhodčí soud vést rozhodčí řízení způsobem, který považuje za vhodný. Podle takto zvoleného

351 Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 05.12.1929, sp.zn. Rv I 451/29, právní věta: Závažnost zvyklosti (usance) mezinárodního obchodu při posuzování a výkladu obchodních jednání. Zvyklosti jsou vykládací pomůckou pro projevy stran, pakliže smluvník, jemuž projev svědčí, z okolností předpokládal a předpokládati směl, že spoluvlastník při svém projevu počítal se zvyklostmi”

352 Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 22.03.2011, sp.zn. 32 Cdo 4932/2009

353 Sp.zn. 32 Cdo 4932/2009, tamtéž

354 Čl. XIII odst. 3.2. a), dostupné na: <http://www.trans-lex.org/969030>

práva potom rozhodčí soud posoudí také otázku arbitrability.³⁵⁵ Komentář k tomuto principu následně uvádí následující hierarchii, dle které bude určeno právo rozhodné pro řízení:

- a) imperativní normy práva místa rozhodčího řízení (tedy *lex loci arbitri*),
- b) smlouvy uzavřené stranami v průběhu konání rozhodčího řízení,
- c) pravidla řízení, na kterých se strany dohodnou (ať již *ad hoc* či institucionalizovaná arbitráž)
- d) dispozitivní ustanovení práva, kterým se řídí rozhodčí řízení,
- e) diskrece rozhodčího soudu.³⁵⁶

Lze tedy shrnout, že samy principy Trans-lex, tedy sbírka transnárodního práva, samy uznávají prioritu imperativních ustanovení státního práva. V možnosti rozhodčího soudu stanovit pravidla vhodná pro vedení arbitráže odpovídají čl. XIII 3.2. principů Trans-lex také jiné úpravy, např. čl. 15 Švýcarských pravidel rozhodčího řízení³⁵⁷ či čl. 19 Vzorového zákona UNCITRAL, kterému znění Principů Trans-lex v podstatě odpovídá.³⁵⁸ Zásadní poznatek tedy je, že ani dle pramenů procesního NLM není aktuální rozhodčí řízení delokalizované.

Čl XIV odst. 1 principů Trans-lex dále stanoví právo rozhodné pro posouzení rozhodčí doložky, přičemž zde stanoví jako primární kritérium právo určené stranami. V případě absence takové volby práva se pak rozhodčí doložka posuzuje podle práva platného v místě, kde rozhodčí řízení probíhá. Náležitosti formy rozhodčí smlouvy se potom určí dle formálních požadavků práva platného v místě konání rozhodčího řízení. Podle tohoto *lex fori* se tedy posoudí hned několik skutečností:

- a) platnost rozhodčí smlouvy v případě absence volby práva stranami,
- b) splnění formálních požadavků rozhodčí smlouvy,
- c) otázka arbitrability předmětu sporu a

³⁵⁵Čl. XIII, odst. 3.2. b), tamtéž.

³⁵⁶Commentary to Trans-Lex Principle , <http://www.trans-lex.org/969030>

³⁵⁷https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_czech_2012.pdf

³⁵⁸https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

d) vedení řízení samotného.

Samotné transnárodní právo tedy v určení otázky posouzení arbitrability odkazuje na právo státní, tedy právo místa konání rozhodčího řízení.

5.7. Výslovná úprava otázek arbitrability podle norem NLM

Z uvedeného vyplývá, že otázka arbitrability je ve svých důsledcích spjata s vymezením v normách státního práva. Výsledkem takového přístupu je poněkud paradoxní situace, kdy o je arbitrabilita mezinárodních obchodních sporů podřízena právní úpravě států, ačkoliv smluvní strany dávají skutečností sjednání rozhodčí doložky jasně najevo, že si přejí z dosahu rozhodování státních soudů podle státního práva podřízením sporu mezinárodnímu rozhodčímu tribunálu uniknout. K tomu je nutno přidat argument, že mezinárodní rozhodčí soudy navíc nejsou orgány určitého státu a že jejich legitimita má oporu především v rovině smluvní autonomie stran.

Řešením by tedy byla transnárodní úprava arbitrability. Hlavním důvodem pro úvahy o takové úpravě *de lege ferenda* by měla být zejména skutečnost, že mezinárodní arbitráž je již plně etablovaným způsobem řešení sporu, o jehož legitimitě nelze s ohledem na množství rozhodovaných případů mít pochybnosti.

Přesto však úprava arbitrability není v jednotlivých pramenech NLM zdaleka komplexní. Vzorový zákon UNCITRAL, pakliže jej zařadíme mezi prameny NLM v širším smyslu, neobsahuje žádnou přímou definici arbitrability. Pouze v čl. I odst. 5 je stanoveno, že vzorový zákon se netýká těch norem státního práva, které upravují arbitrabilitu, jinými slovy, implementace vzorového zákona do legislativy určitého státu ještě neznamená, že by byl zákonodárce nějak legislativně omezen v otázce určení arbitrability pohledem takového práva. Jak je však uvedeno níže v kapitole o uznání a výkonu, Vzorový zákon UNCITRAL zná jasně stanovené důvody odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu, a to ve svém čl. 36. Za limit lze v tomto směru považovat také možnosti napadení rozhodčího nálezu podle čl. 34 odst. 2 Vzorového zákona UNCITRAL.

Jednací řád rozhodčího soudu při ICC z roku 2012 nepřímo umožňuje užití pravidel nestátního práva jako pravidel pro vedení arbitráže, ovšem jen subsidiárně v situacích, kdy jeho vlastní pravidla určitou situaci neupravují. To vyplývá z ust. čl. 19 pravidel, dle kterého je umožněna dohoda o jakýchkoliv pravidlech, na kterých se strany dohodnou či které určí rozhodčí tribunál.³⁵⁹ Uvedené ustanovení bylo v původní verzi pravidel (z r. 1998) ještě korigováno druhým odstavcem, který stanovil poměrně obecný závazek soudu jednat spravedlivě a nestranně a zajistit, aby každá ze stran měla rovnou možnost pro uplatnění svého nároku před rozhodčím soudem. Takové ustanovení v nové verzi pravidel chybí. Podstatná je z hlediska pojednávaného tématu zmínka v prvním odstavci vylučující vazbu na státní právo.³⁶⁰

Principy Trans-lex odkazují v otázce arbitrability na podmínky práva zvoleného stranami sporu, a to podle čl. XIV.1., který stanoví, že platnost rozhodčí doložky bude stanovena podle práva zvoleného stranami a pokud by taková volba absentovala, pak podle práva platného v místě konání rozhodčího řízení.

Ani jiné procesněprávní úpravy (například jmenovaný LCIAR) nestanoví vyčerpávající úpravu arbitrability. Dle moderní teorie rozhodčího řízení je třeba vidět uvedenou problematiku v kontextu doktriny *Kompetenz-Kompetenz*, dle které má rozhodčí soud sám rozhodovat o své příslušnosti k projednání sporu, tedy má i hlavní slovo ohledně rozhodnutí o arbitrabilitě sporu.³⁶¹ Tuto doktrínu ve svém rozhodování aplikují také mezinárodní rozhodčí soudy³⁶². Samozřejmě, žádný rozhodčí soud se nepohybuje zcela v právním vakuu a tuto otázku nemůže řešit zcela nezávisle na úvaze o možných praktických důsledcích svého rozhodnutí³⁶³. Je zejména poukazováno na „jednoduchý“

359 Viz čl. 19 ICC Arbitration Rules 2012, dostupné z: www.iccwbo.org

360 „The proceedings before the Arbitral Tribunal shall be governed by these Rules, and, where these Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the Arbitral Tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration.“

361 AKSEN, G., BÖCKSTEIGEL, K.H., PATOCCHI, P.M., WHITESELL, A.M. (Eds.), *Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing S.A., 2005, str. 273 a násl.

362 Viz. např. rozhodnutí Rozhodčího soudu ICC č. 7979 z r. 1995, ve kterém soud dospěl k závěru, že:

363 „Pokud vyvstane otázka arbitrability, je nezbytné ji posoudit s ohledem na právní řády jednotlivých států, které mohou být pro daný případ relevantní.“ A.Redfern, M. Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, London 1999, str. 148., cit.z.: AKSEN, G.,

přístup zohledňující mezinárodní veřejný pořádek jako kritéria pro vlastní příslušnost. Ten je však jednoduchý snad jen v rovině teorie. Ve skutečnosti však „vymezení hranice mezi sporem arbitrabilním a nearbitrabilním zahrnuje poměření dvou základních cílů právní úpravy: jednak zajistit, aby citlivé věci veřejného zájmu byly rozhodovány před státními soudy, na druhé straně však také podporovat rozhodčí řízení jako živý způsob řešení sporů v případech, kdy se k němu strany samy rozhodnou.³⁶⁴“ S tímto pohledem je nutné souhlasit, protože se vztahuje k samotnému základu rozhodčího řízení, a tím je dohoda stran sporu.

Převažujícím rozhodného práva pro posouzení otázky arbitrability tedy zůstává nadále *lex fori*, a to zejména tedy, pokud je tato otázka vznesena před státním soudem ve fázi výkonu.³⁶⁵ To vyplývá zejména ze znění čl. V odst. 2 písm. a) NYÚ, který stanoví, že „uznání a výkon rozhodčího nálezu mohou být také odepřeny, jestliže příslušný orgán země, kde se žádá uznání a výkon, zjistí: a) že předmět sporu nemůže být předmětem rozhodčího řízení podle práva této země.“

5.8. NLM v rozhodování rozhodčích a státních soudů

Zpracování komplexní případové studie k aplikaci NLM v rozhodovací praxi rozhodčích soudů je nesnadný úkol, a to ze dvou důvodů: jednak z důvodu neustálenosti pojmu NLM, v jehož důsledku je složité normy NLM v rozhodnutích identifikovat, dále pak z důvodu neveřejnosti mnoha rozhodnutí mezinárodních rozhodčích soudů. Soudy státní jsou naopak k pojmu NLM převážně skeptické a také z jejich rozhodovací praxe je obtížné dovodit jasnou linii pro aplikaci NLM.

Dasser upozorňuje na skutečnost, že jen výrazná menšina rozhodčích nálezů odkazuje přímo na *lex mercatoria* coby na rozhodné právo. Rozhodnutí dle NLM proto zahrnuje jakékoliv nálezy, které odkazují rovněž na „přirozené právo“, „obecné principy aplikované mezinárodními rozhodčími soudy“ a jiné analogické kategorie. Celkově se

tamtéž, str. 275.

364AKSEN, G., tamtéž, str. 276

365BREKOULAKIS, S., Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *lex fori*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 21/2009, str. 100 a násl.

má jednat spíše o desítky případů, tedy řádově procenta celkového počtu rozhodovaných sporů.³⁶⁶ V některých případech dochází ke kombinované volbě státního a nestátního práva. Převažují přitom případy, kdy k určení *lex mercatoria* jako rozhodného práva přistoupil sám rozhodčí soud, tedy, kdy absentovala volba konkrétního práva provedená stranami, eventuálně, kdy byla taková volba neplatná. Případů, kdy si strany zvolily *lex mercatoria* jako rozhodné právo je poměrně málo. Za příklad aplikace NLM jako hmotného práva v arbitráži je považován případ č. 5030³⁶⁷, ve kterém došlo k rozhodování sporu mezi africkou obchodní společností a německým státem rozhodčí soud dospěl k závěru, že se necítí vázán pouze ustanoveními rozhodného francouzského práva, a to s ohledem na transnárodní charakter vztahů a smlouvy, za které spor vzešel, mezi stranami sporu. Rozhodčí soud se rozhodl čerpat inspiraci pro rozhodnutí sporu také z jiných právních řádů a z obecných principů mezinárodního obchodu.³⁶⁸

Velmi důležitou otázkou, zejména s ohledem na pozdější uplatnění práva v rovině uznání a výkonu rozhodnutí cizích soudů anebo cizích rozhodčích nálezů, je otázka uznání *lex mercatoria* jako svébytného právního řádu pohledem rozhodovací praxe státních soudů. V tomto ohledu bude složité argumentovat rozhodnutími soudů českých, které se s touto tématikou, prakticky nezabývají. Panuje obecně názor, že aplikace nestátních norem před českými soudy je možná v rovině autonomie smluvních stran, a to v rovině hmotněprávní.³⁶⁹ Jako referenční právní řád pro posouzení role *lex mercatoria* v rozhodovací praxi státních soudů tak bude třeba vybrat jiný právní řád, v rámci kterého je rozhodování o otázkách nestátního transnárodního práva běžnější. Z důvodu četnosti pramenů se nabízí právo anglické.

Connerty zahajuje svůj přehled relevantní judikatury případem *Czarnikow vs. Roth*,

366DASSER, F., *Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic*, dostupné z: www.homburger.ch
367 ICC Award No. 5030, Clunet 1993, at 1004 et seq.

368 Eu égard au caractère transnational des rapports entre les parties et à la nature de contrat d'Etat du contrat litigieux, exposés plus haut, le tribunal ne se considérera pas tenu par les seules dispositions du droit français; il s'inspirera aussi bien d'autres droits nationaux, notamment dans la mesure où leur convergence révèle l'existence de principes généraux, ainsi naturellement que des usages du commerce international. Dostupné z: https://www.trans-lex.org/205030/_/icc-award-no-5030-clunet-1993-at-1004-et-seq/

369ROZEHNALOVÁ, N., *Nestátní právo před českými soudy, příspěvek*, dostupné z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/rozehnalova>

Schmidt and Co., který v roce 1922 rozhodovat Court of Appeal, a který představuje jednu z prvních demonstrací limitu veřejného pořádku státního práva pro uplatnění soukromé právní úpravy. V uvedeném případě strany podřídily svou vzájemnou smlouvu podmínkám vydávaným Refined Sugar Association, tedy profesní organizací pro obchod s cukrem. Tyto podmínky stanovily jako předpoklad soudního uplatnění nároku vydání nálezu rozhodčím soudem zmíněné organizace. Dnes bychom řekli, že smluvní podmínky obsahovaly víceetapňovou rozhodčí doložku. Taková podmínka však byla ze strany anglického soudu vyhodnocena jako nicotná, a to právě s ohledem na rozpor s veřejným pořádkem, spočívající v tom, že strany nemohou svým ujednáním zcela vyloučit příslušnost anglických soudů.³⁷⁰ Podpůrnou argumentací v daném případě byla obava ze zneužití vlivu příliš vlivných soukromých organizací k prosazování jejich rozhodčích doložek do uzavíraných smluv a v důsledku toho také znevýhodnění slabších smluvních stran.

Právě nerovnost stran vedoucí k ovlivňování průběhu rozhodčího řízení bývá jednou z nejčastějších kritik rozhodčího řízení jako takového. Některými autory je poukazováno až na téměř kriminogenní potenciál rozhodčího řízení, které může sloužit ke krytí skutečných zájmů stran, například v oblasti praní špinavých peněz či k uplácení, se záměrem umělého vytváření pohledávek, anebo se záměrem umělého vytvoření určité platební povinnosti.³⁷¹ Rozhodci pak mohou být vystaveni dilematu, zda mohou s ohledem na aplikovatelné trestněprávní normy porušit stranami sporu uloženou povinnost mlčenlivosti či nikoliv.³⁷² Řešením je poměření soukromoprávního závazku s imperativem veřejnoprávní normy trestního práva hmotného, v českém právním řádu typicky skutková podstata neoznámení trestného činu, která cílí na postih některých vyjmenovaných trestných činů, například v oblasti úplatkářství či účasti na organizované zločinecké skupině.³⁷³ Rozhodce přitom není v tomto případě podle příslušného trestněprávního ustanovení osobou zbavenou oznamovací povinnosti³⁷⁴.

370CONNERTY, A., *Lex Mercatoria: Is it Relevant to International Commercial Arbitration?*, Yildirim/Eskiyörük (eds.) *International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria*, Istanbul, 2014, str. 101 a násl., dostupné z: www.trans-lex.org, str. 109.

371HIBER, D., PAVIC, V., *Arbitration and Crime*, *Journal of International Arbitration*, díl. 25(4), Kluwer Law International, 2008, str. 461 a násl.

372HIBER, D., PAVIC, V., *tamtéž*.

373Viz.ust. § 368 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku.

374Podle ust. § 368 odst. 3 trestního zákoníku je oznamovací povinnosti v této věci zbaven advokát.

Na výše uvedené rozhodnutí bylo rovněž odkázáno v případě *Orion Compania Espanola De Seguros vs. Belfort Maatschappij Voor Alemagne Verzekringeen* rozhodovaném Court of Appeal v r. 1962. Soud se však v tomto případě zaměřil zejména na otázku práva rozhodného pro meritum sporu a dovodil nutnost aplikace zavedeného systému práva (čímž vyloučil volbu stran ve smyslu rozhodování podle zásad ekvity bez ohledu na formality státního práva).³⁷⁵

Za prolomení této rozhodovací praxe potom považuje až případ z r. 1977: *Eagle Star Insurance Co Ltd. vs. Yuval Insurance Co*, který patří k často citovaným rozhodnutím s relevací pro téma *lex mercatoria*. Strany si v tomto případě sjednaly doložku o řešení sporů, která pro interpretaci smluvních ustanovení upřednostňovala výklad v souladu s ekvitou spíše než výklad striktně v mezích platného práva³⁷⁶. Soud dospěl k závěru, že přístup státních soudů k posuzování této otázky by se měl v “moderní době” změnit a potvrdil platnost takové doložky.³⁷⁷ Jeden ze soudců, lord Denning, v odůvodnění rozsudku dale uvedl, že klauzule upřednostňující výklad, který se odklání od striktně právního výkladu ve prospěch toho podle ekvity, není v žádném případě v rozporu s veřejným pořádkem jako takovým, protože nevylučuje příslušnost soudů pro rozhodování jako takových, ani nevylučuje aplikaci státního práva, ale má pouze vliv na konkrétní otázku výkladu smlouvy.³⁷⁸

Je sporadické, zda nazvat poslední jmenované rozhodnutí “převratným”. Považuji jej spíše za precizaci dřívějších názorů soudů, protože v důsledku něj stále nedošlo k

Zákon výslovně neřeší, zda by se taková exempce vztahovala také na advokáta, který ve věci působí jako rozhodce. Povinnost mlčenlivosti advokáta je přitom dovozována jen ve vztahu k advokátem poskytovaným právním službám, přičemž výkon rozhodčí činnosti není v ust. § 1 odst. 2 zákona o advokacii výslovně jako činnost advokáta uveden. Na straně druhé je třeba uvést, že tento výčet je demonstrativní.

375 CONNERTY, A. tamtéž, str. 111.

376 „If any question or dispute shall arise, the same shall be referred to Arbitration. The Arbitrators and Umpire shall not be bound by the strict rules of law but shall settle any difference referred to them according to an equitable rather than a strictly legal interpretation of the provisions of this Agreement.” Dostupné z: viz níže.

377 Text rozhodnutí je dostupný na: [http://www.hicilclerk.org/docsDB/2006.nsf/9576BEDC68AA98408525713F00624FC8/\\$file/032706%20Exhibit%20D1.pdf?OpenElement](http://www.hicilclerk.org/docsDB/2006.nsf/9576BEDC68AA98408525713F00624FC8/$file/032706%20Exhibit%20D1.pdf?OpenElement)

378 „I must say that I cannot see anything in public policy to make this clause void. On the contrary the clause seems to me to be entirely reasonable. It does not oust the jurisdiction of the Courts. It only ousts technicalities and strīct constructions.“

možnosti úplného vyloučení aplikace státního práva pro daný smluvní vztah, respektive pro řešení sporů z něj vzešlého.

Zde uvedená rozhodnutí anglických soudů, ale také soudů jiných jurisdikcí svědčí o postupné proměně přístupu státních soudů k aplikaci nestátních pravidel, a to od velmi restriktivního k tolerantnějšímu přístupu, ovšem nutno říct, že proměně velmi opatrné. Žádné z uvedených rozhodnutí však neotevívá cestu případné preferenci smluvních stran v aplikaci nestátních norem v situaci, kdy by tato aplikace vedla k prolomení veřejného pořádku. Právě kategorie veřejného pořádku, jako jakéhosi nepřekročitelného minima státní právní úpravy, rezonuje výše uvedenými rozhodnutími jako konečný limit stanovený objektivním státním právem.

5.9. Pojem veřejného pořádku a jeho uplatnění v mezinárodní obchodní arbitráži

Základní limity pro uplatnění NLM nalézáme jak v pojmu veřejného pořádku, tak v imperativních normách jednotlivých právních řádů. Ačkoliv se jedná o dva tradiční a odlišné koncepty mezinárodního soukromého práva, do jisté míry se kryjí³⁷⁹.

Veřejný pořádek je považován za tradiční institut mezinárodního práva soukromého³⁸⁰, tedy zejména práva státního, ale také práva mezinárodního. Tato práce jej vnímá zejména jako limitaci použití NLM v oblasti mezinárodního obchodu. Bez ohledu na teoretické úvahy a koncepce vztahu transnárodního a státního či mezinárodního práva, je to právě pojem veřejného pořádku, jehož aplikace (či spíše užití jeho výhrady) v praxi stanoví limit aplikace stranami zvolených pravidel. Jakkoliv je teoreticky přípustná existence zcela autonomního právního řádu, je v prostředí aktuálního mechanismu uznání a výkonu jak cizích soudních rozhodnutí, tak rozhodčích nálezů, nutné limit veřejného pořádku respektovat, byť se jedná o institut, který by měl být využíván spíše výjimečně. V opačném případě se oprávněná strana sporu připravuje o efektivní možnost cizí rozsudek či rozhodčí nález vykonat, pokud se ovšem nespokojí jen se

³⁷⁹ ELCIN, M., tamtéž, str. 405.

³⁸⁰ BŘÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014., komentář k § 4. Dokonce je dovozováno, že veřejný pořádek je jedním ze základních právních principů jako takových. Tak jej označuje například rakouský zákon o mezinárodním právu soukromém. In: BŘÍZA, P., tamtéž.

„soft-law“ důsledky jeho působení (dopadající zejména do dobré pověsti povinné strany).

Veřejný pořádek lze rozlišit dle právního řádu, který jej stanoví. Je pragmatické rozlišit jeho následující podoby:

- a) veřejný pořádek dle státního práva.
- b) veřejný pořádek Evropského práva
- c) veřejný pořádek mezinárodní
- d) veřejný pořádek transnárodní

Ohrožením veřejného pořádku se rozumí aktuální a dostatečně závažné ohrožení některého ze základních zájmů společnosti³⁸¹.

5.9.1. Pojem veřejného pořádku ve státním právu

Při rozhodování o sporech ze vztahů v mezinárodním obchodu jsou státní soudy vázány normami mezinárodního soukromého práva místa sporu, pokud strany aplikaci těchto norem nevyloučily. Nad rámec toho jsou vždy vázány nutně použitelnými ustanoveními státního práva, tedy tzv. „*mandatory rules*“ (v české právní úpravě dle § 3 ZMPS). Těmito normami, které přímo reflektují státní či mezinárodní veřejný pořádek³⁸², se rozumí zejména normy správního, finančního, ústavního či trestního práva a normy stojící na pomezí veřejného a soukromého práva (například v oblasti práva pracovního).³⁸³ Takové normy pak přirozeně ohraničují základní socio-ekonomické a politické zájmy reprezentované daný právním řádem.

Vedle imperativních norem je důležitým limitem aplikace norem NLM také tzv. výhrada veřejného pořádku, v českém právu upravené v § 4 ZMPS, dříve (což je relevantní zejména z pohledu existující judikatury) v § 36 PZMPS. Ta má již vazbu k

381 Viz. rozsudek NSS č.j. 5 As 73/2011 ze dne 18.04.2013.

382 BARRACLOUGH, A., WAINCYMER, J., *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, Melbourne Journal of International Law, vol. 6, 2005, dostupné z: <http://law.unimelb.edu.au>

383 DOBIÁŠ, P., a kol., *Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář*, Praha: Leges 2013, str. 39.

otázce výběru rozhodného práva, a to v tom směru, že se užije následně, po tomto výběru. Naproti tomu imperativní norma musí být aplikována vždy, bez ohledu na to, zda je uzavřena otázka výběru rozhodného práva.³⁸⁴

Pokud se jedná o veřejný pořádek v českém právním řádu, obsahuje jeho základní vymezení jak ust. § 3 a 4 ZMPS, tak některé jiné normy, které jej vztahují více k jiným kategoriím³⁸⁵. Z formulace ust. § 4 je zřejmé, že je odkazováno na aplikaci některého „zahraničního právního řádu“, tedy práva státního. Smyslem uvedeného ustanovení je zejména vyloučit nepřipustné účinky, které by v tuzemsku vyvolalo použití zahraničního právního předpisu či aktu aplikace práva; důsledky, které by aplikací takového předpisu vznikly, by musely být „nesnesitelné a neudržitelné“.³⁸⁶

Uvedené se dle druhého souvětí ust. § 4 ZMPS vztahuje m.j. také na otázku uznání cizího rozhodnutí, cizího soudního smíru či na cizí rozhodčí nález, přičemž uznání cizího rozhodnutí, cizího soudního smíru, notářské či jiné veřejné listiny, rozhodčího nálezu a jiných dokumentů.

Konkrétní důvody možnosti odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu z důvodů spadajících pod § 4 lze dovodit z dalších ustanovení ZMPS, konkrétně zejména z ust. § 15, který upravuje důvody pro neuznání pravomocných cizích rozhodnutí.

Je nutno nicméně říci, že rozpor s tzv. veřejným pořádkem musí být pro účely užití jeho výhrady velmi výrazný³⁸⁷ – výhrada veřejného pořádku je koncipována jako opatření výjimečné.³⁸⁸ To vede zejména k závěru, že ne každé porušení kogentní normy by mělo znamenat rozpor s veřejným pořádkem a ne každý cizí rozhodčí nález, jehož uznání a výkon by k tomuto porušení vedl, by měl být s odkazem na veřejný pořádek odepřen³⁸⁹.

384 DOBIÁŠ, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, Praha: Leges 2013, str. 40 a násl.

385 Například §46a odst. 1 zákona č. 325/1999 Sb., o azylu.

386 Důvodová zpráva k ZMPS, výklad k ust. § 4.

387 Není například v rozporu s veřejným pořádkem, pokud cizí právní řád umožňuje dát zaměstnanci výpověď bez udání důvodu (viz rozhodnutí NS 21 Cdo 1779/2009).

388 DOBIÁŠ, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, Praha: Leges 2013, str. 44.

389 BRÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014, komentář k § 121.

Z rozhodovací praxe soudů i názorů právní vědy je znatelná tendence vztahovat výhradu veřejného pořádku spíše k občanskoprávním vztahům s přesahem do kategorie „obecných“ dobrých mravů, typicky pak v oblasti práva rodinného.³⁹⁰ Jistou relevanci pro oblast mezinárodního obchodu může mít nepřipustnost odklonu od ustanovení chránících slabší smluvní stranu, a to vzhledem k tendenci rozšíření pojmu slabší smluvní strana také na jiné vztahy než jen spotřebitelské³⁹¹. Z hodnot chráněných výhradou veřejného pořádku je na místě v kontextu NLM zmínit zejména ochranu vlastnického práva, neboť důsledky rozhodování ve věcech mezinárodního obchodu jsou téměř výlučně majetkové. Přípustné je také vztáhnout výhradu veřejného pořádku k porušení některého ze základních procesních práv, typicky práva na spravedlivý proces.

K případu, kdy došlo k nepřipustnému zásahu do oblasti majetkové, dokonce v rovině zaručeného ústavního práva vlastnit majetek ve smyslu čl. 11 odst. 1 Listiny základních práv a svobod se vyjádřil Nejvyšší soud v poměrně nedávném rozhodnutí, ve kterém hodnotil oprávněnost požadovat tzv. punitive damages, tedy sankční náhradu újmy, a to na základě klasického institutu angloamerického práva. Podobně jak by učinil český soud v rozhodování o výši smluvní pokuty v rámci svého moderačního práva, i zde soud uzavřel, že: „Cizí rozhodnutí přiznávající sankční náhradu újmy lze odmítnout uznat, jestliže výše sankční náhrady je zjevně nepřiměřená újmě, jíž má odškodnit. V takovém případě se dostává do rozporu s českým veřejným pořádkem, neboť představuje nepřiměřený zásah do práva vlastnit majetek.“³⁹² Byť je v uvedeném kontextu nutno říci, že například Principy Trans-lex nezahrnují koncept punitive damages, jen pouze v čl. VII.3.1. stanoví, že náhrada nákladů nemůže přesáhnout skutečně vzniklou škodu, dokládá uvedené rozhodnutí do jaké míry může být rozhodnutí učiněné v cizím státě podle jiného práva (v tomto případě se jednalo o právo státu Arizona, USA) narazit na limit veřejného pořádku. Je přitom zřejmé, že k podobnému vyhodnocení by došlo tím spíše při odkazu na právo nestátní. Bříza k podobnému případu shrnuje, že aby

390 Viz. například stanovisko NS sp.zn. Cpjf 27/86 ze dne 27.08.1987, usnesení ÚS sp.zn. II. ÚS 249/97 ze dne 26.02.1998 či usnesení NS sp.zn. 29 Cdo 941/2011 ze dne 25.10.2012.

391 Tomu například odpovídá také vymezení pojmu „slabší smluvní strany“ v § 433 odst. 2 občanského zákoníku, kde se stanoví vyvratitelná domněnka, že slabší stranou je vždy osoba (tedy i právnická), která vůči podnikateli v hospodářském styku vystupuje mimo souvislost s vlastním podnikáním. Je také dovozováno, že slabší smluvní stranou je ten, kdo je v nevýhodě z hlediska faktických kritérií, například informační asymetrie, přístupem k určitým technologiím, finanční silou atp. In: LAVICKÝ, P., a kol., Občanský zákoník I. Obecná část, C.H.Beck, 2014, komentář k § 433.

392 Viz. usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 30 Cdo 3157/2013 ze dne 22.08.2014

nepřiměřená výše úroků z prodlení mohla být důvodem odepření uznání a výkonu nálezu v podmínkách domácího právního řádu, muselo by se jednat o „násobky základní zákonné sazby, mající drastické dopady na dlužníka, znamenající ve své podstatě ohrožení jeho práv zaručených LZPS.“³⁹³

Případné odmítnutí uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu z důvodu rozporu s veřejným pořádkem má pro oblast mezinárodního obchodu negativní důsledek zejména ve snížené právní jistotě stran sporu a může vést ke snížené důvěře v možnost výkonu rozhodčího nálezu. Tento problém byl v roce 2015 diskutován v souvislosti se třemi rozhodnutími madridského nejvyššího soudu (*Tribunal Superior de la Justicia de Madrid*)³⁹⁴, na jejichž základě došlo k odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu z důvodu rozporu s veřejným pořádkem španělského práva. Konkrétně, bylo zde namítáno, že rozhodčí soud nesprávně aplikoval některá ustanovení španělského práva stanovícího povinnosti bankovních subjektů, což vedlo k arbitrárnímu rozhodnutí rozhodčího soudu. Španělský soud této argumentaci přisvědčil a odepřením nálezu z těchto důvodů vyvolal kritiku, že překročil meze přezkumu ve vztahu k rozhodčím nálezům, když se nepřiměřeně zabýval meritem věci a kromě toho, že rozsah veřejného pořádku vykládal příliš široce³⁹⁵.

Je na tomto místě nutné zmínit argument, zda má vůbec pojem veřejného pořádku podle české právní úpravy pro téma NLM význam, a to s odkazem na znění ust. § 87 odst. 1 ZMPS a jeho výklad, dle kterého je podle českého práva přípustná pouze volba práva státního a nikoliv práva transnárodního či jiného podobného souboru pravidel.³⁹⁶ Domnívám se však, že kategorie veřejného pořádku je relevantní i v případě takové volby, jednak z důvodu možnosti uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu (§ 119 ZMPS navíc rozhodci umožňuje, aby byl spor rozhodnut dle „zásad spravedlnosti“), dále pak s ohledem na možné subsidiární určení rozhodného práva při absenci platné

393BŘÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014, komentář k § 121.

394 Rozhodnutí Madridského nejvyššího soudu č. 7/2015 z 6.4.2015, 13/2015 z 28.01.2015 a 31/2015 ze 14.4.2015.

395 SOLER-TAPPA, E., Madrid court sets aside awards on grounds of public order after reviewing merits, dostupné z: www.hsfnotes.com

396DOBIÁŠ, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, Praha: Leges 2013, str. 327 a násl.

volby provedené stranami (§ 87 odst. 1 ZMPS). V neposlední řadě je veřejný pořádek důležitou teoretickou kategorií pro dosledování „limitu“ aplikace NLM. Převažující stanovisko je nicméně takové, že české právo neumožňuje rozhodcům, aby rozhodovali přímo podle norem NLM³⁹⁷, byť rozhodci mohou zohlednit některé z norem, které jsou řazeny touto prací mezi prameny NLM, typicky doložky INCOTERMS, a to za předpokladu jejich volby stranami.

Je rovněž důležité připomenout, že důsledky uplatnění výhrady veřejného pořádku nemíří proti cizí normě jako takové, což by znamenalo nepřipustný zásah do suverenity cizího státu, ale proti důsledkům jejího uplatnění.³⁹⁸ Nelze ji tak bez dalšího užít jako argument proti nelegitimitě některé z norem cizího právního řádu, analogicky pak norem NLM, ale spíše jako vymezení limitu ve vztahu k NLM jako právnímu řádu.

Kategorii veřejného pořádku státního práva je nutno chápat jako nesporný limit jakéhokoliv jiného právního řádu, včetně práva nestátního, a to zejména s ohledem na výkon cizího soudního rozhodnutí či rozhodčího nálezů. Ačkoliv bude její užití poměrně výjimečné, jedná se nepochybně o zásah do právní jistoty stran aplikujících cizí právo, respektive NLM. Ovlivňování státního práva normami „univerzálními“³⁹⁹ probíhá spíše pozvolně a zejména v mezích normotvorné činnosti státních legislativních orgánů a Evropské unie. Perspektivně tak snad lze očekávat do určité míry přibližování rozsahu „veřejných pořádků“ jednotlivých státních úprav a jejich vzájemnou kompatibilitu.

V závislosti na zvolené perspektivě se nabízí rozdělení na veřejný pořádek domácího práva (tuzemský) a veřejný pořádek zahraničního právního řádu.

397 RŮŽIČKA, K., in: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, komentář k ust. § 118 ZMPS.

398 PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, komentář k § 4 ZMPS.

399 Zde odkazuji například na princip předsmělní odpovědnosti, který byl do českého práva zaveden v důsledku rekonstrukce soukromého práva. Je rovněž obsažen v některých normách NLM, například v čl. IV.8.1. Principů Trans-lex.

5.9.2. Pojem evropského veřejného pořádku

Evropská unie, nyní nadaná právní subjektivitou, tvoří svůj vlastní tzv. supranacionální právní řád se strukturou do jisté míry analogickou státním právním řádům. Příznačná je zde zejména hierarchie norem, kde na vrcholu stojí základní právní předpisy Evropské unie, tedy Smlouva o evropské unii a Smlouva o fungování Evropské unie⁴⁰⁰. Právě v těchto základních dokumentech je třeba hledat základy tzv. unijního či evropského veřejného pořádku, který je v obecné rovině tvořen základními zásadami evropského práva⁴⁰¹. Pojem evropského veřejného pořádku již má delší kontinuitu, což potvrzuje také původní zpráva k Římské úmluvě z roku 1980, která konstatovala, že se veřejný pořádek evropských společenství se stal součástí veřejných pořádků jednotlivých členských států.⁴⁰² Uvedený závěr potvrzuje také judikatura ESD⁴⁰³.

Prvním judikátem, který měl pojem evropského veřejného pořádku definovat, má být právě níže citovaný případ *Eco Swiss*, ve kterém se jednalo o vydání rozhodčího nálezu bez náležitého zohlednění čl. 81 smlouvy o evropských společenstvích. Soud v tomto případě dospěl k závěru, že takový rozpor se základními normami evropského práva (tehdy práva evropských společenství) představuje jak důvod pro odmítnutí uznání nálezu podle práva státního, tak odmítnutí výkonu v režimu NYÚ, a to bez ohledu na skutečnost, zda by vydání takového rozhodčího nálezu (porušujícího soutěžní právo EU) bylo považováno také za porušení státního práva.⁴⁰⁴ Tímto rozsudkem tak došlo k oddělení pojmu veřejného pořádku členských států a společenství (nyní Evropské unie).

400 Oba prameny dostupné například z: <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html?locale=cs>
401 PAUKNEROVÁ, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, 2. vyd., Praha: C.H.Beck, 2013, str. 179.

402 BŘÍZA, P., a kol., *Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář*, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014, komentář k § 4.

403 PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., *tamtéž*.

404 ELCIN, M., *Lex Mercatoria in International Arbitration*, Thesis submitted for assessment with a view to obtain the degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florencie, 2012, str. 395 a násl., dostupné z: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/25204/2012_ELCIN_Vol1.pdf?sequence=1

K potvrzení principu, že prostou volbou práva mezi stranami nelze zcela uniknout dopadu závazných evropských právních norem (v tomto případě směrnice Rady 86/653/EEC ze dne 18.12.1986 o koordinaci právní úpravy členských států týkající se nezávislých obchodních zástupců) dospěl evropský soudní dvůr také v případě Ingmar⁴⁰⁵.

Významné je dále rozhodnutí ve věci Arblade⁴⁰⁶, ve kterém se ESD věnoval teoretické otázce vymezení veřejného pořádku jako takového, tedy za jakých okolností lze určitou normu za součást veřejného pořádku považovat. Dospěl k závěru, že pojem veřejného pořádku se vztahuje k těm ustanovením národního právního řádu, které jsou nezbytné pro ochranu politického, sociálního a ekonomického řádu v daném státě. Tato formulace odpovídá ustanovení o imperativních ustanoveních v čl. 9 odst. 1 nařízení Řím I, které bylo, zřejmě pod dojmem zmíněné judikatury, formulováno následně.

Vazbu na pojem národního veřejného pořádku potom prameny práva Evropské unie obsahují hned na několika místech, například v čl. 21 nařízení Řím I jako důvod odmítnutí použití určitého ustanovení rozhodného práva v případě jeho rozporu s veřejným pořádkem dle práva místa soudu⁴⁰⁷, či v procesní rovině v čl. 22 a 23 nařízení Brusel II bis jako důvod pro neuznání rozhodnutí ve věci rozvodu, rozluky nebo prohlášení manželství za neplatné či jako důvody pro neuznání rodičovské zodpovědnosti.⁴⁰⁸ V těchto případech se však jedná o odkaz na pojem veřejného pořádku dle práva státního.

Je tak patrné, že pojem veřejného pořádku v rovině státní a evropské jsou propojené pojmy, které je v každém případě nutno posuzovat v jejich vzájemné souvislosti. V obou případech se jedná o zavedené pojmy, které jsou dostatečně konkretizovány existující judikaturou i odborným výkladem relevantních norem.

405 Sp.zn. C-381/98, Ingmar GB Ltd vs. Eaton Leonard Technologies Inc. Ze dne 9.11.2000, dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-381/98>

406 Sp.zn. C-369/96 a C-376/96 (spojená řízení) Jean-Claude Arblade, Arblade and Fils SARL vs. Leloup, Sofrage SARL, ze dne 23.11.1999, dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44859&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1674835>

407 Viz ust. čl. 21 nařízení č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy.

408 PAUKNEROVÁ, M., Tamtéž.

5.9.3. Transnárodní a mezinárodní veřejný pořádek

V tomto případě se jedná o kategorii do jisté míry hypotetickou, tedy o veřejný pořádek založený na normách transnárodního právního řádu. Předpokladem jeho existence je i existence transnárodního právního řádu. Transnárodní veřejný pořádek bývá vykládán v kontextu mezinárodního veřejného pořádku. Elcin do něj zahrnuje základní normy přirozeného práva, principy univerzální spravedlnosti, *ius cogens* ve významu mezinárodního veřejného práva a obecné principy morálky akceptované v mezinárodním společenství.⁴⁰⁹ Toto vymezení je do značné míry závislé na mezinárodním veřejném pořádku, nicméně pro účely rozhodování v konkrétních věcech se nezdá být dostatečně konkrétní a soudy nadále užívají odkazy na veřejný pořádek Evropské unie a jednotlivých národních států.⁴¹⁰

Naopak, role mezinárodního práva pro mezinárodní rozhodčí řízení je v dnešní době nepopíratelná. Projevuje se zejména v oblasti uznání a výkonu rozhodčích nálezů, ale také v otázce samotné role arbitráže jako takové.

Za nejvýznamnější mezinárodněprávní dokumenty v oblasti mezinárodní arbitráže lze považovat:

- a) Ženevský protokol o doložkách o rozsudím z r. 1923 (č. 191/1931 Sb.) a Ženevskou úmluvu o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků (č. 192/1931 Sb.),
- b) Newyorskou úmluvu o uznání a výkonu rozhodčích nálezů (č. 74/1959 Sb.),
- c) Evropskou úmluvu o mezinárodní obchodní arbitráži (č. 176/1964 Sb.)

Vedle toho je právo mezinárodní arbitráže tvořeno množstvím dalších úmluv a norem, mnohdy s významným regionálním dopadem.⁴¹¹ Základní limity pro uplatnění NLM

⁴⁰⁹ ELCIN, M., tamtéž, str. 398.

⁴¹⁰ ELCIN, M., tamtéž, str. 400.

⁴¹¹ Jako příklad lze uvést např. Inter-American Convention on International Commercial Arbitration z r. 1975, Convention on Judicial Cooperation z r. 1983 či Convention on Commercial Arbitration z r. 1987.

přítom nalézáme jak v pojmu veřejného pořádku, tak v imperativních normách jednotlivých právních řádů. Ačkoliv se jedná o dva tradiční a odlišné koncepty mezinárodního soukromého práva, do jisté míry se kryjí⁴¹².

Pojem mezinárodního veřejného pořádku („*international ordre public*“) je pojem do značné míry neurčitý. Konkretizován byl spíše v evropském kontextu (např. v rozsudcích SDEU C-7/98 *Krombach*, C-38/98 *Renault* či C-394/07 *Gambazzi*)⁴¹³, a to v kontextu výhrady veřejného pořádku při uznání cizího rozhodnutí. Na úrovni státního (českého) práva pak byl pojem veřejného pořádku vyložen zejména rozhodnutími Nejvyššího soudu.⁴¹⁴

Zatímco veřejný pořádek určitého státu lze jednoduše opřít o ústavní rámec, pojem dobrých mravů, který garantuje a imperativní normy tohoto práva a evropský veřejný pořádek v nejužším pojetí o základní smlouvy EU, lze pojem mezinárodního veřejného pořádku vyložit jen velmi stěží. Rozehnalová se omezuje na definici, že se jedná „o určité zásady či normy všeobecně přijímané mezinárodní komunitou“ a podává několik flagrantních příkladů činností, které by s takovým veřejným pořádkem v rozporu byly, konkrétně obchod s drogami a „bílým masem“.⁴¹⁵ S tím lze nepochybně souhlasit, na stranu druhou je takové konstatování pro realitu mezinárodního obchodu příliš obecné a pojem proto by vyžadovalo specifitější výklad směřující do oblasti uznání a výkonu rozhodčích nálezů.

V této oblasti lze hovořit v kontextu zpracovávaného tématu zejména o veřejném pořádku ve smyslu NYÚ, jak uvedl ESD v rozhodnutí C-126/97 ze dne 01.06.1999 *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*⁴¹⁶, ve kterém se v širších souvislostech jednalo o případ zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU⁴¹⁷. Zde soud v odst. 35 rozhodnutí sice nejdříve potvrdil, že je v zájmu

412 ELCIN, M., tamtéž, str. 405.

413 PAUKNEROVÁ, M., tamtéž, str. 121.

414 DOBIÁŠ, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, Praha: Leges 2013, str. 47 a násl.

415 ROZEHNALOVÁ, N., str. 285.

416 Rozsudek C-126/97 je dostupný z portálu curia.europa.eu

417 KYZLINKOVÁ, Š., Intraunijní arbitráž: Veřejná podpora jako možný limit vykonatelnosti rozhodčího nálezů, Obchodněprávní revue 6/2016

efektivního průběhu rozhodčích řízení, aby možnosti zrušení rozhodčích nálezů byly restriktivní a možnost jeho zrušení či odmítnutí uznání byly omezeny jen na výjimečné případy, ovšem, jak je následně uvedeno v čl. 36 a násl. rozhodnutí, v případě rozporu závěrů rozhodčího nálezu s obsahem základních smluv Evropské unie (v tomto případě bylo odkazováno na čl. 3 písm. g) tehdy účinné Smlouvy o založení evropských společenství) jsou takové dohody mezi stranami (či rozhodnutí z nich vyplývající) automaticky neplatné. V čl. 37 rozhodnutí pak soud uvedl, že pokud je takový rozpor s veřejným pořádkem důvodem pro neplatnost rozhodčího nálezu v podmínkách práva státního, musí být také důvodem pro neplatnost v podmínkách práva evropského, a to v tomto případě s odkazem na čl. 81 Smlouvy o založení evropských společenství, stanovující podmínky práva hospodářské soutěže. Soud dále výslovně uvedl, že tento závěr není v rozporu s NYÚ, která stanoví, že k odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu může dojít pouze v uvedených případech, m.j. z důvodu rozporu s veřejným pořádkem dle čl. V odst. 2 písm. b).

Na uvedeném příkladu je možné pozorovat, že pojem veřejného pořádku v intencích práva státního, evropského a mezinárodního se doplňují a tvoří pojmy svým obsahem konkurenční. Strany, které si zvolí normy NLM jako rozhodné právo pro smluvní vztah tak nemohou a priori zcela obejít mezní limity státní, mezinárodní či evropské právní úpravy, aniž by se předem vzdaly možnosti disponovat s uznatelným a vykonatelným rozhodčím nálezem. Podobně by měli při svém rozhodování přemýšlet i rozhodci.

5.10. Důsledky nedostatku arbitrability - shrnutí

Vydaný rozhodčí nález v nearbitrabilní věci je napříč právními prameny jedním z důvodů pro jeho následné zrušení, byť nelze popřít, že mezi stranami může nadále působit silou své právní argumentace. Státní soudy obvykle samy, *ex officio*, zkoumají, zda byl předmět sporu arbitrabilní či nikoliv. Tím se tento důvod pro případné zrušení nálezu liší od důvodů ostatních, ke kterým soudy přihlédnou zpravidla až po námítce žalobce.⁴¹⁸ Čl. 34 odst. 2 písm. b) vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní

⁴¹⁸Např. důvod nesprávného složení rozhodčího senátu, porušení práva na spravedlivý proces atp. Více v: PAVIC, V., *Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration*, in: *INVESTMENT AND COMMERCIAL ARBITRATION - SIMILARITIES AND DIVERGENCES*,

obchodní arbitráži tento důvod formuluje jednak jako okolnost, že předmět sporu není podle práva státu (ve kterém má být rozhodčí nález vydán) arbitrabilní, a dále jako rozpor rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem.

Je tedy zjevné, že i prameny zařazené mezi procesní NLM – typicky Vzorový zákon UNCITRAL - obsahují v posouzení arbitrability vazbu na právo státní. Objevují se nicméně polemiky o reálném významu možnosti zrušení takto vydaného rozhodčího nálezu, když úspěšnost žalob na zrušení rozhodčího nálezu je statisticky nízká.⁴¹⁹ Tomu odpovídá obecný charakter výhrady veřejného pořádku, která je také v českém právu chápána jako opatření zcela výjimečné.⁴²⁰

Rozpor s veřejným pořádkem má tedy zjevně za důsledek nesplnění podmínky objektivní arbitrability. Není však důvodem zrušení rozhodčího nálezu sama skutečnost, že rozhodčí nález zavazuje k plnění, které by bylo v rozporu s dobrými mravy. Je zde nutné rozlišovat případ, kdy nedovolenost určitého plnění je spojena se samotným předmětem závazku a případ, kdy má být odepřeno plnění, a to s odkazem na dobré mravy.⁴²¹

Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger and August Reinisch, Eleven International Publishing, 2010, str. 141 a násl.

419 PAVIC, V., tamtéž, str. 142.

420 DOBIÁŠ, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, Praha: Leges 2013, str. 44.

421 Viz nález Nejvyššího soudu ČR sp.zn. 33 Cdo 2675/2007 ze dne 30.10.2009, dostupné z: www.nsoud.cz

6. OTÁZKA UZNÁNÍ A VÝKONU ROZHODČÍHO NÁLEZU VYDANÉHO PODLE NOREM NLM – VÝZNAM PRO OTÁZKU ARBITRABILITY

6.1. Nález podle norem NLM a jeho uznání a výkon

Ačkoliv je kapitola o uznání a výkonu rozhodčího nálezu zařazena na samotný konec této práce, praktik by ji nepochybně radil na začátek. Jejím smyslem je zodpovězení otázky, zda nález opřený o *lex mercatoria* bude závazný také v podmínkách stáního práva, či nikoliv, tedy, zda takový rozhodčí nález bude skutečně výsledkem determinativního způsobu řešení určitého sporu, nebo bude stranami respektován jen kvůli síle své argumentace a přesvědčivosti.

Zda je nález na základě norem NLM vykonatelný je základní otázkou, kterou je nutné zodpovědět, abychom mohli vůbec tvrdit, že v případě NLM skutečně hovoříme o svébytném právním řádu jako takovém. Možnost vynucení určitého pravidla či rozhodnutí je základním atributem práva, který jej dělí od jiných normativních systémů, jak kromě ostatních uvedl také Kelsen⁴²². Bez něj by nejen NLM, ale také jakékoliv jiné právo, nebylo právem, ale jen určitým *soft law*, tedy souborem pravidel právního charakteru, které by bylo možné aplikovat vždy jen subsidiárně k jinému, „plnohodnotnému“ právu. Oblast vynucení právních norem je mnohými považována za největší slabinu právní úpravy mezinárodního obchodu.⁴²³ Důvodem je zejména rozdílný standard vymáhání práva napříč různými jurisdikcemi. Je faktem, že Newyorská úmluva globálně a spolehlivě řeší otázku uznání rozhodčího nálezu napříč jednotlivými státy, nemůže však již garantovat efektivitu samotného výkonu rozhodnutí v určitém členském státě úmluvy.

Výsledkem rozhodčího řízení může být rovněž nález „čestný“, u nějž se strany dohodly, že bude závazný pouze silou své argumentace, tedy bude tzv. *binding in honour*. Jeho výsledkem by byla nemožnost rozhodčí nález vykonat. S ohledem na převažující zájem

⁴²²CORTE, tamtéž, str. 362.

⁴²³MATTLI, W., DIETZ, T., *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford University Press, 2014, str. 184 a násl.

stran je však třeba chápat takový případ jako výjimečný a je nutné jej dále třeba odlišit od případů, kdy se v nález rozhoduje o sporu ze smlouvy, která má být interpretována jako „čestná dohoda spíše než jako právní závazek“. K rozhodování o takovém případě došlo ve věci *Home Insurance Co., and St. Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Administration Asiguricor De Stat v r. 1983*, když příslušný anglický soud dané ustanovení smlouvy interpretoval tak, že smlouva přesto platnou dohodu stran se všemi právními závazky představuje, nicméně, že strany měly v úmyslu při její interpretaci vyloučit některé striktní podmínky interpretace dle rozhodného práva.⁴²⁴ Nepřímo tak potvrdil m.j. názor, že smlouva se nemůže nacházet zcela mimo režim práva jako takového, byť mohou strany smlouvy v rámci autonomie jim přiznané tímto právem vyloučit aplikaci některých jeho ustanovení.

Zatímco uznání a výkon rozhodčího nález podle práva státního je běžnou praxí, potvrzenou závěry právní vědy, praktickou aplikací i historickým pohledem⁴²⁵, k vynucení rozhodčího nález opřeného o *lex mercatoria* se mnozí autoři staví kriticky. Mustill se například domnívá, že *lex mercatoria* v pravém slova smyslu právo není, a pokud je rozhodčí nález na tomto „neprávu“ postaven, neměl by být uznán a vykonán státními soudy.⁴²⁶ Na straně stojí argumenty postavené zejména na principu smluvní autonomie stran, které jsou podpořeny odkazy na některá relevantní ustanovení norem z oblasti mezinárodního obchodu, např. na čl. 16 Pravidel UNCITRAL pro mezinárodní obchodní arbitráž, který stanoví, že rozhodčí soud může aplikovat svou vlastní jurisdikci/rozhodné právo, a to také pro posouzení otázky existence a platnosti rozhodčí smlouvy. Čl. 19. dále stanoví, že strany si mohou samy zvolit pravidla, dle kterých bude v řízení postupováno. Pokud by se o tomto strany nedohodly, bude sám rozhodčí soud postupovat tak, jak považuje za vhodné (viz odst. 2 čl. 19). Hmotněprávně je pak podstatné ust. čl. 28 Pravidel UNCITRAL, který opět v případě absence volby práva

424ASHFORD, P., Handbook on International Commercial Arbitration, JurisNet LLC, 2009, str. 258 a násl.

425Je poukazováno například na judikát rakouského nejvyššího soudu (OGH) ze 4. listopadu 1903, podle kterého „rozhodčí nález představuje exekuční titul pro a proti účastníkům rozhodčího řízení“. In: BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, komentář k ust. § 1.

426MUSTILL, M., The Law and Practice of Arbitration in England 2nd Edition, 1991, in: OREAGBUNAM, I., Enforcement of International Commercial Arbitral Awards based on Lex Mercatoria in Nigeria, International Journal of Business Law & Law Research, vol. 3, 2015, str. 53-59.

stranami umožňuje rozhodcům aplikovat právo, které považují za vhodné aplikovat.⁴²⁷ Žádné omezení ve smyslu nutnosti postupovat podle určitých norem státního či mezinárodního práva zde tedy na první pohled shledat nelze. Podobnou volnost garantuje rozhodcům také např. rozhodčí řád ICC⁴²⁸. Obecně se dá říci, že mezinárodní rozhodci jsou volnější ve výběru právních norem, dle kterých bude spor rozhodován než soudy řádné, které většinou procesně postupují výlučně podle pravidel práva země, ve které se nachází.⁴²⁹ Autonomní prvek rozhodčího řízení v podobě této volnosti je ještě posílen tím, že možnosti přezkumu rozhodčího nálezu státními soudy z důvodu výběru rozhodného práva jsou omezené.

Corte upozorňuje v této souvislosti na zajímavý paradox, že soudci státních soudů, tedy vzdělaní a kvalifikovaní právníci, mají mnohem užší diskreci ve výběru rozhodného práva a předpisů pro řízení než rozhodci, kteří nemusí nutně právním vzděláním vůbec disponovat.⁴³⁰ Osobně to za paradox nepovažuji, a to s ohledem na autonomní povahu rozhodčího řízení, jehož mandátem je vždy a jedině smlouva mezi účastníky. Pokud účastníci takovou smlouvu uzavřou, jsou srozuměni s následky takového rozhodnutí a také s určitým rozhodovacím „stylem“, který zvolený rozhodčí soud reprezentuje.

Lze tedy předběžně shrnout, že právní sankce *lex mercatoria* spočívají téměř výlučně v mechanismu výkonu rozhodčího nálezu cestou jeho výkonu v určitém státě podle norem tohoto státu. To se nevyhýbá ani tak specifické oblasti, jakou je námořní arbitráž, tedy specializovaná forma rozhodčího řízení, které probíhá před specializovanými rozhodčími soudy, například před rozhodčím soudem LMAA (London Maritime Arbitrators Association) či před rozhodčím soudem SMA (Society of Maritime Arbitrators in New York).⁴³¹ Toto rozhodčí řízení disponuje specifickým typem výkonu

427Srov. čl. 28 odst. 2 Pravidel UNCITRAL.

428Srov. čl. 19 a 21 ICC Rules.

429Viz např. ust. § 8 ZMPS: „České soudy postupují v řízení podle českých procesních předpisů s tím, že strany mají rovné postavení při uplatňování svých práv.“

430CORTE, C. G., *Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement*, Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, str. 358.

431Ačkoliv je námořní arbitráž specifická svým charakterem v rámci mezinárodního rozhodčího řízení, představuje velmi frekventovaný způsob řešení sporů v námořní přepravě a počet rozhodčích řízení před soudy, které jsou na tuto oblast specializovány dokonce výrazně převyšuje počet řízení před zavedenými „obecnými“ rozhodčími soudy. Více v: MATTLI, W., DIETZ, T., str. 190 a násl.

nálezu, a to zabavením plavidla.⁴³² Ačkoliv se jedná o typově odlišný způsob výkonu rozhodnutí, i jeho aplikace závisí na státních normách a státním mechanismu výkonu práva.

6.2. Konkrétní mechanismus vynucení norem NLM

Ve svém pojednání o právním pluralismu uvádí Aviram čtyři základní mechanismy regulace v rámci nestátního právního řádu.⁴³³

- a) První je mechanismus informační. Ten spočívá ve vzájemném sledování subjektů, sběru a vyhodnocování dat a eventuálně zpracováním ratingů a jiných hodnocení. Výsledkem takového pozorování je pak vytvoření určitého „reputačního kapitálu“, nebo snad, pohledem českého práva jakéhosi „goodwill“, resp. dobré pověsti závodu ve smyslu ust. § 24 odst. 4 o oceňování majetku.
- b) Druhým mechanismem je schopnost organicky nahradit jeden neúspěšný, a potenciálně sporný obchodní, vztah vztahem novým. To je samozřejmě možné a běžné také v podmínkách práva státního⁴³⁴.
- c) Až třetí mechanismus má částečně právní povahu spočívající v tom, že existuje určitá rovina regulace přímo u poskytovatele dané služby (např. u provozovatele elektronického tržiště apod).
- d) Čtvrtý mechanismus je potom vyloučení určitého subjektu z určité komunity, tedy faktický bojkot.

Je příznačné, že žádná z uvedených skupin opatření nemá čistě právní povahu, resp. v ní (s částečnou výjimkou opatření dle bodu c)) nefiguruje přímo nějaká konkrétní autorita. Takové pojmání je s představou práva jako takového složitě slučitelné. Zcela zde absentuje možnost uznání a výkonu rozhodčího nálezu v podmínkách práva, které má zajistit výkon takového rozhodnutí. To přitom představuje konečnou fázi vymáhání

⁴³²Tzv. „arrest of vessel“, jak je například upraven v

⁴³³AVIRAM, A., A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems, Yale Law and Policy Review, vol. 22, Art. 2, 2004, str. 11 a násl.

⁴³⁴ Například formou dohody o narovnání

práva a už vědomí existence této možnosti činí jakékoliv závěry soudů či rozhodců autoritativními.

Je však zřejmé, že vymahatelnost norem NLM spočívá rovnoměrně jak na sankcích faktického, tak právního charakteru. Faktickými se rozumí zejména sankce ekonomického charakteru, dohody ostatních subjektů – účastníků trhu na koordinovaném postupu proti subjektu, který pravidla porušil.⁴³⁵ Ačkoliv i takový postup má nepochybně právní dopady, a může mít také částečně oporu v normách NLM, až v rovině právních sankcí je třeba se zabývat tématem uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu je přitom jediným prostředkem obrany mimo jurisdikci, ve které byl nález vydán (zde připadá v úvahu cesta návrhu na zrušení rozhodčího nálezu jako takového)⁴³⁶. Takový závěr odporuje teorii delokalizaci arbitráže, dle které by mělo být jediným skutečně legitimním prostředkem obrany právě odepření uznání a výkonu nálezu, tedy nikoliv přezkum nálezu po věcné stránce.⁴³⁷ Ve své konečné podobě totiž delokalizace má vést k úplnému odpoutání od hmotněprávní roviny státní právní úpravy; rozhodčí řízení by mělo být podřízeno pouze normám NLM a obchodním zvyklostem. Věcný přezkum nálezu by měl být vyloučen.

6.2.1. Sankce faktické

Zde patří široké spektrum veškerých faktických opatření, které mohou sahat od kroků směřujících ke snížení dobrého jména či reputace subjektu porušujícího určitou normu NLM, až po kroky společenství obchodníků zamezujících např. účast na určité soutěži či účast v obchodní komoře. Dvě hlavní kritéria pro takové sankce je, že jednak jsou takové kroky vnímány postihnutým subjektem jako újma, a dále se jedná o právem dovolené kroky. Ty mohou mít podobu také tzv. společenské kontroly formálního

⁴³⁵CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, str. 102 a násl.

⁴³⁶PAVIC, V., *Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration*, in: *INVESTMENT AND COMMERCIAL ARBITRATION - SIMILARITIES AND DIVERGENCES*, Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger and August Reinisch, Eleven International Publishing, 2010, str. 133.

⁴³⁷PAVIC, V., str. 134.

charakteru.⁴³⁸

Je nicméně sporné, jakým způsobem by byla řešena situace, kdyby jedna strana s odvoláním právě na aplikaci takových faktických sankcí způsobila druhé straně újmu, aniž by byl takový postup představoval uplatnění práv ve smyslu státního práva (či v rozporu s veřejným pořádkem místa, kde by taková aplikace byla provedena).

6.2.2. Sankce právní - rozhodčí nález, jeho uznání a výkon

Vzhledem k premise, že soudní soustavu NLM tvoří mezinárodní rozhodčí soudy, pak budou udělené „sankce“ mít charakter okruhu povinností uvedených ve vydaném rozhodčím nálezu. U něj se dají identifikovat tři hlavní funkce:

- a) konstatování práv a povinností stran sporu,
- b) zdůvodnění, proč rozhodčí soud dospěl k uvedenému rozhodnutí a
- c) vytvoření podmínek pro uznání a výkon nálezu ve státě, ve kterém má dojít k jeho plnění, tedy vytvoření formálních i obsahových předpokladů pro navození následku, který je jím sledován.⁴³⁹

V případě cizího rozhodčího nálezu je metodicky vždy nutné, aby před výkonem tento nález prošel určitou podobou uznání ze strany domácí právní úpravy. Uznání je možné realizovat formou užšího či širšího přezkumu rozhodčího nálezu, přičemž v užší podobě se bude jednat pouze o zjištění, zda došlo k naplnění základních procesních podmínek právního řádu, ve kterém je o uznání žádáno a posouzení výše již rozebrané otázky, zda rozhodnutí neodporuje veřejnému pořádku. V případě širšího pojetí uznání by docházelo k věcnému přezkumu rozhodčího nálezu.⁴⁴⁰ Jak výše analyzovaná rozhodnutí státních soudů, tak formulace české právní úpravy v § 121 ZMPS, vedou k preferenci užšího přezkumu rozhodčích nálezů v rámci procesu jejich uznání, což je patrné také z toho, že důvody odepření uznání cizího rozhodčího nálezu podle ZMPS jsou analogické důvodům uvedeným v NYÚ⁴⁴¹. Ani varianta užšího přezkumu však není bez výjimek.

438CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, tamtéž, str. 120.

439ASHFORD, P., Handbook on International Commercial Arbitration, JurisNet LLC, 2009, str. 262.

440 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 365.

441 RŮŽIČKA, K., komentář k § 121 ZMPS, in: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N.,

Ust. § 121 písm. c) ZMPS totiž zachovává možnost za určitých okolností dospět k věcnému přezkumu a na základě něj také ke zrušení rozhodčího nálezu z důvodu nesprávné aplikace hmotného práva. Jednalo by se v takovém případě o důvody pro zrušení rozhodčího nálezu („domácího“) ve smyslu § 31 ZRŘ⁴⁴².

Pro zrušení rozhodčího nálezu dle § 31 ZRŘ a násl. je třeba podat návrh na zrušení rozhodčího nálezu soudem. Ten může být podán ve lhůtě do tří měsíců od doručení nálezu jedné ze stran, přičemž podání tohoto návrhu nemá automaticky odkladný účinek na vykonatelnost již vydaného nálezu. Dle § 32 odst. 2 ZRŘ je však v pravomoci soudu odložit vykonatelnost nálezu, jestliže by výkonem nálezu hrozila závažná újma, anebo jestliže je z návrhu na zrušení rozhodčího nálezu možné usuzovat, že je tento návrh důvodný.⁴⁴³ Důvody pro zrušení přitom nejsou systematicky zcela souladné. Na jednu stranu se lze úspěšně domáhat zrušení rozhodčího nálezu v případě jeho „překvapivosti“⁴⁴⁴, na straně druhé však není důvodem zrušení rozhodčího nálezu podjatost rozhodce.⁴⁴⁵

Je třeba říct, že instituty zrušení rozhodčího nálezu státním soudem podle § 31 a stejně tak institut zastavení již nařízeného výkonu rozhodnutí podle § 35 ZRŘ jsou svým účelem instituty podobné a „kopírují odpovídající mezinárodní standardy vyjádřené v NYÚ a Evropské úmluvě o mezinárodní obchodní arbitráži“.⁴⁴⁶ Státní právní úprava je zde v souladu s úpravou mezinárodní a evropskou. Na straně druhé však dosah české právní úpravy není v oblasti mezinárodního rozhodčího řízení absolutní. Tak například už samotná pravomoc českých soudů pro řízení o zrušení rozhodčího nálezu podle ZRŘ

ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013.

442 BRÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014.

443 Zde se nabízí možné srovnání s důvody pro odklad výkonu rozhodnutí v případě podaného dovolání dle § 243 o.s.ř. V takovém případě se pro odklad výkonu rozhodnutí rovněž vyžaduje, aby dovolateli hrozila v důsledku neprodleného výkonu rozhodnutí závažná újma.

444 Z rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 32 Cdo 4706/2010 ze dne 28.03.2012: „Překvapivost rozhodčího nálezu je důvodem pro jeho zrušení. Absence poučení o jiném možném než stranami zvažovaném právním posouzení, s nímž se nepojí potřeba doplnit skutkový stav věci, má za následek, že straně nebyla poskytnuta možnost věc před rozhodci projednat.“ Dostupné z: www.beck-online.cz

445 Z rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 32 Cdo 1779/2008 ze dne 03.06.2009: „Podjatost rozhodce není důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu soudem podle § 31 písm. c) zákona č. 216/1994 Sb.“. Dostupné z: www.beck-online.cz

446 BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, komentář k § 31 ZRŘ

není dána vždy, ale jen v případech tuzemských rozhodčích nálezů. Jak judikuje Nejvyšší soud, pokud by si strany sporu se sídlem v České republice dohodly, že jejich spor bude rozhodovat rozhodčí soud ICC se sídlem mimo Českou republiku, nebude takový nález tuzemským rozhodčím nálezem a nebude tak dána pravomoc českých soudů pro jeho zrušení.⁴⁴⁷

Je dále na místě zdůraznit, že institut zrušení rozhodčího nálezu není opravným prostředkem proti rozhodčímu nálezu⁴⁴⁸ – rozhodčí řízení je striktně jednostupňovým řízením a vydaný rozhodčí nález je v tomto ohledu definitivní. Uvedený mechanismus však nepředstavuje praktické uplatnění limitu NLM z toho důvodu, že se vztahuje výlučně k tuzemským rozhodčím nálezům.⁴⁴⁹ V jejich případě by bylo nutné aplikovat institut odepření uznání či výkonu cizího rozhodčího nálezu ve smyslu § 121 ZMPS, anebo odkazem na konkrétní ustanovení mezinárodní smlouvy, které tuto otázku upravuje. Je třeba říct, že v případě možnosti použití mezinárodně-právní úpravy se tato aplikuje před státní úpravou přednostně.

Představa o uznání a výkonu rozhodčího nálezu vydaného podle norem NLM je přesto do určité míry znejistující, m.j. také proto, že s takovým procesem může za určitých okolností být spojeno riziko spočívající v nutnosti více procesních kroků než je tomu v případě uznání „standardního“ rozhodčího nálezu⁴⁵⁰. Jako příklad lze uvést případ *Pabalk Ticaret a Norsolor*⁴⁵¹, který byl důsledkem sporu ze smlouvy o dodávkách. V uvedeném případě došlo ze strany rakouského odvolacího soudu k částečnému zrušení rozhodčího nálezu, a to z důvodu aplikace norem *lex mercatoria*, o kterém se rakouský soud vyslovil jako o „světovém právu s nejasnou platností“⁴⁵². Uvedený názor však byl vyššími soudy změněn a nález byl nakonec uznán a vykonán, ovšem až po uplynutí čtyř let od jeho vydání. To je zjevně neslučitelné s koncepcí NLM jako dynamické

447 Usnesení Nejvyššího soudu sp.zn. 23 Cdo 1034/2012 ze dne 30.09.2013, dostupné na: www.nsoud.cz

448 BĚLOHLÁVEK, A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, komentář k § 31.

449 BĚLOHLÁVEK, A., tamtéž.

450 DAVIDSON, M., T., The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database, dostupné z: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/davidson.html>

451 Případ *Norsolor S.A. vs. Pabalk Ticaret Limited*, rozhodovaný Cour d'appel (Paris), rozsudek z 15.12.1981.

452 DAVIDSON, M., T., tamtéž.

alternativy národních právních úprav. Ačkoliv se jedná o případ poměrně letitý – a dá se předpokládat určité ustálení rozhodovací praxe zejména vyšších soudů napříč jurisdikcemi v této oblasti – lze jej považovat za indikátor možných zvýšených nákladů (časových i finančních) k dosažení výkonu nálezu dle NLM.

Řešení pro odstranění této nejistoty se nabízejí dvě: již při konstrukci smluvního vztahu zohlednit možný obsah limitu veřejného pořádku v zemi potenciálního výkonu nálezu (tedy limit podle *lex loci executionis*), anebo v rovině procesní se v otázkách, u nichž je možnost výkonu relativně zřejmá, snažit o vydání částečného rozhodčího nálezu. Obě nastíněné varianty řešení jsou však velmi teoretické a z praktického pohledu bude složité je aplikovat. Zejména pak první varianta do jisté míry popírá důvody, proč by smluvní strany měly volit neutrální úpravu NLM před právem státním.

Obecně však v právních úpravách nenalézáme mezi důvody odepření uznání či výkonu samotnou skutečnost, že je nález vydán podle transnárodních právních norem. Pozitivně se státní (Anglický) soud postavil k výkonu rozhodčího nálezu ve věci, kde rozhodčí doložka odkazovala na nestátní právní normy například ve věci *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft vs. Ras Al Khaimah National Oil Co*, rozhodovaném *House of Lords* jako nejvyšší soudní instancí ve Velké Británii v r. 1988.⁴⁵³ V uvedeném případě si strany (německá soukromě vlastněná těžební společnost a společnost vlastněná veřejnoprávním subjektem – emirátem Rás al-Chajmá, jedním z autonomních emirátů SAE) ve smlouvě sjednaly rozhodčí doložku. Po procesních komplikacích ze strany arabského subjektu se německému podařilo úspěšně zahájit rozhodčí řízení a ve Spojeném království vydaný rozhodčí nález vyhověl žalobnímu nároku žalobce. Rozhodčí soud totiž provedl určení rozhodného práva pro posuzovaný smluvní vztah a zvolil si „obecný výčet principů upravujících smluvní vztahy, na kterých spočívají právní řády jednotlivých států“⁴⁵⁴. Takový postup neodporoval anglickému právu (*Arbitration Act 1996*), nicméně s odkazem na negativní stanovisko soudu nebylo možné v Rás al-Chajmá nález vykonat. Vykonatelný byl jen ve Spojeném království, kde ovšem neměl žalovaný žádný majetek. Tento případ demonstruje riziko při použití

453HARTLEY, T., C., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2015, str. 838 a násl.

454PRYLES, M., str. 327

NLM, které vyplývá z rozporu právní teorie s praxí aplikace právních norem v různých jurisdikcích. Je nicméně třeba dodat, že v době rozhodování tohoto případu nebyly Spojené Arabské Emiráty členským státem NYÚ (přistoupily až v r. 2006) – o výsledku sporu v dnešních legislativních podmínkách však můžeme jen spekulovat.

Gaillard dále upozorňuje na zajímavou zavedenou praxi francouzské judikatury⁴⁵⁵ ve smyslu umožnění uznání a výkonu rozhodčích nálezů, jejichž uznání a výkon byly v zemích svého původu odepřeny. Odkazuje přitom zejména na rozhodnutí ve věcech Norsolor, Hilmarton a Chromalloy⁴⁵⁶. První z uvedených případů, rozhodovaný Rozhodčím soudem ICC, přičemž místem arbitráže byla stranami zvolena Vídeň, je pro tematiku NLM zejména významný, a to z důvodu výlučné aplikace norem *lex mercatoria*. *Cour de cassation* odkázal v uvedeném případě na čl. VII NYÚ⁴⁵⁷ (a čl. 12 francouzského občanského soudního řádu) a poměřoval důvody předchozího odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu státním soudem podmínkami francouzského práva. To lze považovat za interpretaci svědčící o přednosti aplikace čl. VII. NYÚ před čl. V stanovícím důvody odepření – to však dle autorova názoru vyplývá již z jazykové interpretace textu úmluvy. Uvedený závěr byl potvrzen také v případě Hilmarton. Francouzská judikatura tedy potvrzuje, že i nálezu odepřený v jednom státě má šanci uspět ve státě jiném – samozřejmým limitem zde je to, že otázka, kde žádá oprávněná strana o výkon není věcí její volby, ale nutnosti postihnout majetkovou podstatu povinného v určitém státě.

Lze shrnout, že ani státní právní úpravy, ani NYÚ výslovně nestanoví limit, který by transnárodní úpravu v uznání a výkonu nálezu přímo vylučoval. Přesto lze nalézt názory, že NYC by se vůbec na otázku uznání a výkonu rozhodčího nálezu podle nestátního práva vztahovat neměla.

455 Tu lze dosledovat až do r. 1984.

456 GAILLARD, E., *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 14/1999, str. 16 a násl.

457 „Ustanovení této Úmluvy se nedotýkají platnosti mnohostranných nebo dvoustranných dohod uzavřených Smluvními státy o uznání a výkon rozhodčích nálezů, ani nemohou zbavit žádnou zúčastněnou stranu případného práva použití rozhodčího nálezu způsobem a v rozsahu stanoveném zákonodárstvím nebo smlouvami země, v níž je nálezu uplatňován.“

6.3. Uznání a výkon nálezu v režimu Newyorské úmluvy a právní charakter úmluvy ve vztahu k NLM

Státní právo spoléhá v otázce uznání a výkonu rozhodčího nálezu jak na normy vlastní, tak na právo mezinárodní, ve kterém probíhá uznání a výkon v režimu NYÚ. Tato klíčová mezinárodní smlouva, kterou Mistelis nazývá největším úspěchem ve světě mezinárodní arbitráže⁴⁵⁸, a které nahradila starší Ženevské dohody⁴⁵⁹, má svůj nezpochybnitelný význam také pro uznání a výkon rozhodčího nálezu, který se opírá o normy NLM. Text Úmluvy totiž ze své působnosti nevyjímá nálezy dle kritéria rozhodného práva, ze kterého vycházejí. Lze rovněž pozorovat rozšiřující se okruh členských států NYÚ, přičemž působnost Úmluvy již v současnosti pokrývá více než 70% všech světových států.⁴⁶⁰

NYÚ stanovuje limit pro výkon a uznání rozhodčího tím, že uvádí důvody pro odepření uznání a výkonu v čl. V, přičemž čl. V odst. 2 stanoví, že uznání a výkon může být odepřen na území daného státu, pokud není podle práva tohoto státu předmětný spor arbitrabilní a také tehdy, pokud by uznání a výkon takového nálezu bylo v rozporu s veřejným pořádkem této země. Mistelis k tomu dodává, že takový pojem veřejného pořádku je v daném kontextu nutno vykládat velice úzce, přičemž by se muselo jednat o případ, kdy by výkon nálezu byl v rozporu se zcela základními aspekty morálky a spravedlnosti.⁴⁶¹ Historicky docházelo k odepření uznání například tehdy, kdy daný případ zahrnoval trestnou činnost (podezření z uplácení).⁴⁶² Aby byl rozhodčí nález v režimu NYÚ uznán a vykonán, musí být písemný a musí odkazovat na konkrétní rozhodčí doložku či smlouvu, ať je již součástí smlouvy hlavní či separátní.⁴⁶³

Kritérium rozporu s veřejným pořádkem ve státě výkonu je napříč jednotlivými normami regulujícími uznání a výkon jednotné a je zahrnuto také například v čl. 34

458 MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International BV, 2009, str. 1.

459 Ženevský protokol o doložkách o rozsudím z r. 1923 a Ženevská úmluva o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků z r. 1927.

460 HALE, T., *Effect of Arbitration on Trade*, in: MATTLI, W., DIETZ, T., tamtéž, str. 203.

461 MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), tamtéž, str. 2 a násl.

462 MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), tamtéž, str. 2 a násl.

463 ASHFORD, P., *Handbook on International Commercial Arbitration*, JurisNet LLC, 2009, str. 259.

odst. 2 písm. b) Vzorového zákona UNCITRAL. Prostřednictvím něj bylo toto pravidlo přeneseno do řady státních právních úprav rozhodčího řízení.⁴⁶⁴ Rozpor s veřejným pořádkem je samozřejmě také limitem stanoveným ve státním právu jako takovém, a to ve smyslu § 121 písm. d) ZMPS. Judikatura v tomto ohledu směřuje k restriktivnějšímu výkladu daného ustanovení.⁴⁶⁵ Veřejný pořádek je limitem uznání a výkonu také v režimu NYÚ, a to podle čl. V odst. 2 písm. b), přičemž toto kritérium se vztahuje k veřejnému pořádku země, kde se žádá o uznání a výkon nálezů.

NYÚ přitom jasně rozlišuje mezi právem, dle kterého dochází k posouzení otázky arbitrability (čl. V NYÚ) a mezi právem, které upravuje platnost rozhodčí smlouvy (čl. II NYÚ) a je tak zřejmé, že NYÚ je pramenem práva, který je primárně určen pro soudy, nikoliv pro rozhodce.⁴⁶⁶

Ve vztahu k NLM probíhají diskuse, zda je možné ji samotnou zahrnout mezi výčet pramenů procesního NLM. Taková otázka má spíše teoretický a z pohledu NLM případně také „legitimizační“ dopad. Zahrnutím NYÚ mezi prameny NLM se však nepochybně dopustíme určité účelovosti, nelze totiž zpochybnit, že se jedná o mezinárodní smlouvu, byť s přímými dopady do úpravy soukromoprávních vztahů. Pokud se ale přece jen pokusíme o klasifikaci NYÚ z pohledu NLM, pak zjistíme, že takové zařazení by bylo představitelné zejména s ohledem na následující argumenty:

- a) Jedná se o globální právní instrument, který velmi významně zasahuje do oblasti mezinárodního obchodu.
- b) NYÚ má jednotící účinek v oblasti mezinárodního obchodního práva a stanovuje konkrétní standard. Je živým právem, nikoliv deklarací.
- c) NYÚ nevylučuje NLM a nečiní faktický rozdíl mezi státním a transnárodním právem. Ve svém důsledku tedy může přispět k vymahatelnosti nestátního práva.

464RENNER, M., Private Justice, Public Policy: The Constitutionalization of International Commercial Arbitration, in: MATTLI, W., DIETZ, T., International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence, Oxford University Press, 2014, str. 122.

465Viz. např. usnesení Nejvyššího soudu ČR 20 Cdo 676/2016, ve kterém soud konstatoval, že samotná skutečnost, že rozhodčí nález byl vydán rozhodčím soudem založeným podle právní normy cizího státu (z.č. 244/2002 Zbierky zákonov SR) nezakládá sám o sobě důvod pro odepření výkonu takového rozhodčího nálezů pro rozpor s veřejným pořádkem.

466MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), tamtéž, str. 13.

Na straně druhé je však NYÚ pramenem mezinárodního práva nejen svým původem, ale také obsahem. Jako určující kritérium pro rozlišení, zda otázka uznání a výkonu určitého rozhodčího nálezu spadá pod působnost úmluvy se stanoví kritérium vydání v jiném státě, či přesněji řečeno, na území jiného státu. Nic na tom nemění skutečnost, že tato podmínka je spíše právní fikcí a samotné vydání nálezu coby formální zakončení rozhodčího řízení nemusí být vždy pro kvalifikaci z pohledu čl. 1 odst. 1 NYÚ rozhodné⁴⁶⁷. Podstatné je, že NYÚ není pramenem, který by zcela respektoval teorii delokalizaci rozhodčího nálezu, ale stále se odvolává na vázanost rozhodčího řízení k místu jeho konání. Rovněž některé podmínky NYÚ, například výše uvedená možnost odepření uznání a výkonu nálezu pro rozpor s veřejným pořádkem, se vztahují ke kategoriím státního práva.

Zmíněný čl. 1 odst. 1 obsahuje základní normu pro rozhodnutí o aplikaci NYÚ v daném konkrétním případě, totiž, že Úmluva se „vztahuje na uznání a výkon rozhodčích nálezů, vyplývajících ze sporů mezi osobami fyzickými nebo právnickými a vydaných na území jiného státu než toho, v němž je žádáno o jejich uznání a výkon.“⁴⁶⁸ Zmíněná formulace tak sice přímo nestanoví limit státního práva jako práva, dle kterého byl rozhodčí nález vydán, nicméně je třeba ji vykládat v kontextu čl. III Úmluvy, který jednoznačně stanoví limit podmínek pro uznání a výkon platných na území, kde je nález uplatňován. Vazba ke státnímu právu a jeho limitům je tedy nezpochybnitelná – v případě českého práva by předpokladem uznání a výkonu byla zejména absence některé z překážek uznání uvedené v § 121 ZMPS a dodržení podmínky vzájemnosti dle § 120 ZMPS. Také samotná Úmluva obsahuje výčet důvodů pro odepření uznání a výkonu nálezu, a to v čl. V. Ilustrativní jsou zejména důvody stanovené v čl. V odst. 2, které přímo na veřejný pořádek určitého státu (výslovně písm. b) odkazují.

⁴⁶⁷Je poukazováno na rozhodnutí Sněmovny lordů ve věci *Hiscox vs. Outhwaite* (1991), ve které došlo k formálnímu vydání rozhodčího nálezu v Paříži, ačkoliv místem konání rozhodčího řízení byl Londýn. Nastal následně spor ohledně otázky výkonu rozhodčího nálezu ve Spojeném království, který byl řešen před anglickými soudy. Ty se původně přiklonily k výkladu, že právě skutečnost vydání nálezu (tedy jeho sepsání a podpisu) je rozhodující skutečností pro jeho posouzení z hlediska podmínek NYÚ. Až následně byla tato judikatura překonána, a to v důsledku přijetí Anglického zákona o rozhodčím řízení z roku 1996, který v čl. 53 stanoví, že při sjednání místa konání rozhodčího řízení není dále podstatné, kde přesně byl rozhodčí nález podepsán či doručen. In.: KRONKE, H., NACIMIENTO, P., OTTO, D., PORT, N., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, str. 22 a násl.

⁴⁶⁸Čl. 1 odst. 1 NYÚ

Podmínka vzájemnosti bude představovat první teoretický problem při případných úvahách o uznání a výkonu nálezu, který byl vydán zcela autonomně a v podmínkách transnárodního práva. Vztahuje se totiž k právnímu řádu určitého státu, na jehož území k vydání rozhodčího nálezu dojde. To nemusí být ani tak problematické prakticky, jako spíše v rovině teoretické obhajitelnosti autonomního charakteru NLM. Tak například, rozhodčí nález vydaný Rozhodčím soudem ICC v Paříži bude totiž na území České republiky uznatelný a vykonatelný za podmínky splnění materiální vzájemnosti vůči právu Francie⁴⁶⁹. To je samo o sobě významným argumentem proti naprosté autonomii NLM, na straně druhé to podporuje vnímání NLM jako práva, které existuje ve stavu vzájemného spolupůsobení s jinými právními řády.

Zásadním teoretickým problémem je tedy skutečnost, že NLM nedisponuje žádným vlastním mechanismem uznání a výkonu rozhodčích nálezů, jak je tomu v případě státního (a mezinárodního) práva. O vzájemnosti tak, jak je upravena v § 13 ZMPS (vzájemnost materiální), tedy nelze ve vztahu k NLM hovořit. I pokud bychom namítli, že NLM má svůj specifický způsob uplatňování sankcí, a tedy i svého druhu možnost výkonu určitého rozhodnutí, nelze dosledovat nic jako formálně upravený a autonomní způsob výkonu cizích nálezů. Procesní úprava rozhodčího řízení, kterou obsahují prameny, které by bylo možné považovat za prameny tvořící procesněprávní úpravu NLM, tedy pravidla vedení arbitráže u vybraných mezinárodních rozhodčích institucí, se omezuje pouze na rovinu samotného vedení řízení jako takového a většinou končí u otázky předpokladů pro vydání rozhodčího nálezu a stanovení nákladů skončeného sporu⁴⁷⁰.

NYÚ tedy působí spíše jako „most“ mezi jednotlivými státními právními úpravami co do otázky uznání a výkonu rozhodčích nálezů. Přímou sice nestanoví nemožnost uznání a

469, „Za cizí rozhodčí nálezy považuje ZMPS rozhodčí nálezy vydané na území cizího státu... V této souvislosti není rozhodující, podle jakých procesních předpisů probíhalo vlastní rozhodčí řízení, kde rozhodčí řízení probíhalo, ani jaká byla státní příslušnost rozhodujících rozhodců. Rozhodujícím kritériem je pouze místo vydání rozhodčího nálezu, tedy teritoriální kritérium.“ RŮŽIČKA, K., in: PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, komentář k § 120 ZMPS.

470 Zde lze odkázat například na čl. 31 a násl. a čl. 37 a násl. pravidel vedení arbitráže u Rozhodčího soudu ICC, anebo

výkonu nálezu vydaného podle NLM, nicméně fakticky takový nález podrobuje vždy kritérii uznání a výkonu určitého státního právního řádu – zejména pak jeho veřejného pořádku. Jedná se o pramen, který oba světy, tedy autonomní oblast mezinárodní obchodní arbitráže, a svět regulace této oblasti národními právními řády, přibližuje a stojí na pomezí mezinárodního práva a NLM. Poslední slovo v tomto dialogu však má nadále právní úprava státní.

6.4. Úprava uznání a výkonu rozhodčích nálezů v režimu jiných pramenů mezinárodního práva a NLM

6.4.1. Uznání rozhodčího nálezu podle Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži

Vzorový zákon UNCITRAL stanoví obecnou podmínku uznání a výkonu nálezu v čl. 35 odst. 1, kde konstatuje, že rozhodčí nález má být uznán jako závazný bez ohledu na to, ve kterém byl vydán státě. Jeho vymožení potom následuje za předpokladu splnění podmínek čl. 36, který stanovuje limity pro výkon rozhodčího nálezu. Tyto důvody stanoví odkazy na podmínky státního práva, a to v čl. 36 odst. 1 písm. a) bodu iv⁴⁷¹), v)⁴⁷² a zejména potom v čl. 36 odst. 1 písm. b). Zde jsou upraveny dva případy pro odepření uznání a výkonu nálezu, které jsou podmíněny rozhodnutím soudu:

- a) předmět sporu nemůže být předmětem řešení před rozhodci podle právních předpisů tohoto státu;
- b) uznání a výkon nálezu by bylo v rozporu s veřejným pořádkem státu.

Komentář ke Vzorovému zákonu UNCITRAL⁴⁷³ k otázce uznání a výkonu uvádí, že uvedené důvody jsou shodné s důvody v NYÚ s výjimkou možné aplikace nejen na nálezy vydané v cizím státě, ale také na nálezy domácí.

471 Rozpor s právem státu, ve kterém se rozhodčí řízení koná, a to v otázce složení rozhodčího senátu či procesních otázek rozhodčího řízení.

472 Nález byl zrušen v důsledku rozhodnutí soudu státu, ve kterém či podle jehož práva se koná.

473 Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, dostupné z: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

6.4.2. Uznání a výkon rozhodčího nálezu vydaného v režimu Úmluvy ICSID

Otázky uznání a výkonu rozhodčích nálezů jsou předmětem úpravy také některých jiných pramenů mezinárodního práva. Lze v tomto směru jmenovat tzv. Washingtonskou úmluvu o řešení sporů z investic “ICSID”⁴⁷⁴. Tato úmluva obsahuje jednak úpravu smírčího řízení, a to v čl. 28 – 35, které probíhá na žádost kteréhokoliv smluvního státu či občana smluvního státu před smírčí komisí; dále pak obsahuje úpravu rozhodčího řízení v čl. 36 – 55. Otázky uznání a výkonu rozhodčího nálezu jsou upraveny v čl. 53 – 55 úmluvy.

V obecné rovině se zde stanoví, že “rozhodčí nález bude pro strany závazný a nebude předmětem odvolání nebo jakéhokoliv jiného opravného prostředku s výjimkou těch, které jsou uvedeny v této úmluvě.” Povinnost uznání vydaného rozhodčího nálezu jsou stanoveny v čl. 54 úmluvy, dle kterého “každý smluvní stát uzná rozhodčí nález vydaný podle této úmluvy jako závazný a bude na svém území vymáhat plnění peněžních závazků uložených v rozhodčím nálezu, jakoby to bylo konečné rozhodnutí soudu v tomto státě.”⁴⁷⁵ Klíčové je však pro probíranou tematiku ust. Čl. 54 odst. 3, které stanoví, že “výkon rozhodčího nálezu se bude řídit zákony týkajícími se výkonu soudních rozhodnutí platných ve státě, na jehož území se takovýto výkon žádá.” Tato reference k podmínkám stanoveným domácí právní úpravou představuje procedurální limit uplatnění rozhodčích nálezů vydaných v režimu Úmluvy ICSID, a to navzdory skutečnosti, že úmluva výslovně neobsahuje obecné pravidlo o možnosti odmítnutí uznání či výkonu z důvodu rozporu s nálezem s veřejným pořádkem stanoveného státním právem, když v čl. 52 stanoví pouze obecné důvody pro návrh na zrušení rozhodčího nálezu, a to převážně z důvodů procedurálních. Znění čl. 54 však koriguje čl. 55, dle kterého je zřejmé, že není možné zcela vyloučit právo kteréhokoliv smluvního státu vztahující se k jeho imunitě ve vztahu k výkonu rozhodnutí⁴⁷⁶.

474 Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., kterým se vyhlašuje Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států.

475 Čl. 54 odst. 1 Úmluvy ICSID

476 Shodně také v: BŘÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014, komentář k § 120 ZMPS,

Ani v režimu Úmluvy ICSID tedy není mezinárodní rozhodčí řízení oproštěno od podmínek stanovených právem státním, navzdory tomu, že Úmluva ICSID neupravuje výslovně možnost odmítnutí uznání a výkonu z důvodu rozporu s veřejným pořádkem státního práva.

6.4.3. Uznání a výkon rozhodčího nálezu podle Evropské úmluvy o obchodní arbitráži

Evropská úmluva již ve svém úvodu odkazuje na NYÚ a stanovuje tak předpoklad, že bude s dříve uzavřenou NYÚ v souladu. Otázky uznání a výkonu nejsou v Evropské úmluvě přímo upraveny, je zde pouze stanovena možnost zrušení rozhodčího nálezu, a to za podmínek čl. IX. Důvody zrušení nálezu zahrnují nezpůsobilost stran k jednání, neplatnost rozhodčí smlouvy podle rozhodného práva⁴⁷⁷, absenci řádného vyrozumění stran o ustanovení rozhodce či jiné důvody, pro které se nemůže strana k řízení vyjádřit, dale pak situaci, kdy se nález týká sporu, na který se smlouva o rozhodci nevztahuje, anebo který není v mezích rozhodčí doložky, anebo na situaci, kdy složení rozhodčího soudu není v souladu s ujednáním stran.

Také Evropská úmluva tedy v souladu s NYÚ, Vzorovým zákonem UNCITRAL a dalšími prameny respektuje podmínky arbitrability stanovené státním právem.

6.5. Shrnutí kapitoly

Je třeba potvrdit tezi, že otázka uznání a výkonu rozhodčího nálezu je navzdory obecnému regulatornímu rámci vytvořeném NYÚ stále zejména otázkou práva státního a jeho limitů veřejného pořádku. Poslední článek řetězce při zvažování rozhodné právní úpravy během tvorby nového smluvního vztahu mezi stranami tak může být nakonec rozhodující, a to zejména při úvahách volby transnárodního práva jako rozhodné právní úpravy.

⁴⁷⁷ V případě neoznačení takového práva se rozhodné právo určí dle místa vydání rozhodčího nálezu.

7. ZÁVĚR

7.1. Shrnutí a zhodnocení hypotéz

Při hodnocení otázek vyjmenovaných v úvodu této práce je možné pozorovat, že fenomén NLM a možnost jeho aplikace v rozhodčím řízení je lépe obhajitelný teoretickými a právně-filosofickými argumenty. Střet s realitou právní úpravy je však věcí odlišnou. Skutečnost, že výsledkem rozhodčího řízení je nález, který je třeba uznat a vykonat vždy v podmínkách práva státního, činí z důvodů, pro které je možné toto uznání a výkon odepřít, skutečný limit transnárodního právního řádu. Nejde tedy jen o splnění podmínek objektivní arbitrability, ale také o vyhovění kategorii veřejného pořádku, který představuje konečný limit pro uplatnění nestátní právní úpravy a na který je v rozhodnutích státních i rozhodčích soudů často odkazováno. Volbou NLM pro daný smluvní vztah se tedy strany nemohou zcela vyhnout povinností stanoveným státním právem.

K prvnímu bodu je třeba uzavřít, že právo se dnes skutečně nachází v pluralitní situaci. Je zřejmé, že dochází k prolínání právních úprav různých původců – států, mezinárodních organizací, nadnárodních korporací, Evropské unie a soukromých norem. Předloženou analýzou judikatury bylo zjištěno, že není výjimečné, že státní či mezinárodní rozhodčí soudy odkazují na normy, které nejsou přímo součástí právního řádu, který garantuje subjekt, který o věci rozhoduje. Perspektivně lze očekávat, že tento stav se bude nadále zintenzivňovat. Lze tedy říci, že první hypotézu⁴⁷⁸ považují v teoreticko-právní rovině za potvrzenou.

K druhému bodu, tedy pojmu NLM jako takového a jeho legitimitě je možné uzavřít, že se jedná o pojem v právním diskurzu zavedený, dlouhodobě zpracovávaný a v dnešní době již teoreticky poměrně detailně rozpracovaný, recentně zejména v pracích Bergera, Schaffera, Teubnera a Calliese, dříve zejména Schmitthoffa a Goldmana. Kontroverzi však nadále působí charakter vztahu NLM ke státnímu právu. Teoretická přípustnost horizontálního pojetí vztahu ke státnímu právu je korigována poznatkem o limitech při

⁴⁷⁸ „Právní úprava mezinárodního obchodu se nachází v situaci právního pluralismu.“

uznání a výkonu nálezů. Přesto se však domnívám, že NLM, jak z hlediska svého teoretického základu, tak i vymezení obsahu (zejména za přispění projektů, jakým je například *Trans-Lex*), již dosáhlo takové míry určitosti, která umožňuje tento fenomén pojmout jako právní systém, když ne autonomní, tak alespoň semi-autonomní. Nabízejí se tak úvahy o možné revizi převažujícího pohledu na fenomén NLM, které doposud zastávala tuzemská právní věda. Druhou z uvedených hypotéz⁴⁷⁹ tedy navzdory znalosti četných kritických hlasů považuji za částečně potvrzenou. NLM již v současném stavu rozpracovanosti ze strany právní vědy lze považovat za relativně ustálený systém norem, na které je odkazováno již poměrně dlouhodobě mezinárodními rozhodčími, ale v některých případech i státními soudy. Zcela nepochybná je shoda většiny jeho principů se základními principy státních civilněprávních úprav. Za legitimní je však nutné považovat kritiku směřující z oblasti úvah o uznání a výkonu (viz níže).

Role rozhodčího řízení jak pro mezinárodní obchod, tak pro NLM jako takové, je v dnešní době nezpochybnitelná. Zatímco ve státním právu můžeme pozorovat spíše tendenci arbitrabilitu zužovat (nejlepším příkladem je vynětí spotřebitelských sporů z rozhodování rozhodčích soudů), v oblasti mezinárodní arbitráže lze vidět trend liberalizace právní úpravy. Příkladem může být jak tendence pronikání rozhodčího řízení do oblastí s vysokou mírou ingerence veřejného zájmu (pracovní právo, insolvenční právo), tak tvorbou velmi liberálních procesních předpisů – v nedávné době například LCIAR.

Třetí z uvedených hypotéz⁴⁸⁰ je přesto možné považovat za potvrzenou jen částečně, a to zejména v teoreticko-právní rovině. Jednak není fenomén NLM výlučně záležitostí rozhodování mezinárodních rozhodčích soudů; zejména však nelze hovořit o „soustavě“ v pravém slova smyslu, a to s ohledem na absenci jednotící autority, jednotné organizační struktury, ale také na nemožnost spoléhat se (s ohledem na princip důvěrnosti rozhodčího řízení) na jednotící rozhodovací praxi těchto soudů. Čtvrtou z uvedených hypotéz však považuji za potvrzenou⁴⁸¹. Možnosti stran při řešení sporů

479 „New Lex Mercatoria představuje vnitřně soudržný normativní systém schopný regulovat mezinárodní obchod.“

480 „Mezinárodní rozhodčí soudy představují soudní soustavu sui generis právního systému New Lex Mercatoria.“

481 „Možnosti řešení sporů podle norem NLM a státního práva se liší a mezi oběma možnostmi dochází

dle norem NLM, které zejména preferují princip smluvní autonomie jsou širší, než je tomu dle státních právních úprav s jasně stanovenými podmínkami objektivní arbitrability.

Pátá hypotéza⁴⁸² se nepotvrdila. *Lex Loci Executionis* je v současném stavu právní úpravy nepřekročitelným limitem pro uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu, ačkoliv jak NYÚ, tak státní právní úpravy výslovně nevylučují uznání a výkon nálezu jen proto, že je vydán dle norem NLM. Strany by tedy měly již při volbě rozhodného práva pro daný smluvní vztah zvážit limity právní úpravy ve státě možného výkonu.

7.2. Úvaha - NLM jako cesta k lepší vymahatelnosti práva a jeho další perspektivy

Jsem, zejména pod dojmem praktických zkušeností, přesvědčen, že větší míra specializace v poskytování právních služeb, ale také větší dělení práva jak z hlediska původců jeho norem, tak z hlediska subjektů, které právo aplikují a rozhodují spory, je perspektivně více než nutná, pokud právo aspiruje na setrvání v roli hlavního regulativního systému společnosti. Je zejména poukazováno na nedostatky současného systému rozhodování u státních soudů, na problematickou vymahatelnost práva.⁴⁸³ Zejména rozhodování v přeshraničních otázkách, kdy se soudy nejdříve dlouze zabývají otázkou samotné příslušnosti a až následně zahajují řízení o věci samé, je z obchodního pohledu zcela neadekvátně komplikované a časově náročné. Skutečnost, že v realitě dynamického obchodního vztahu je mnohdy nejdříve nutné čekat v lepším případě měsíce na vyjasnění otázky příslušnosti určitého soudu, znamená fakticky znemožnění přístupu ke spravedlnosti v čase komfortním pro obchodní transakce. Když už k samotnému projednávání věci dojde, jedná se v civilním řízení o proces trvající v prvním stupni i několik let, také z důvodu přehlcenosti soudů a obecné složitosti těchto věcí, které soudce obecných soudů nemotivují k rychlému rozhodnutí. Soudci pak často volí ze svého pohledu často „alibistický“ přístup přenesení řešení situace na účastníky

ke střetu, který se v obecné rovině projeví v otázce arbitrability.“

482 „Rozhodčí nález vydaný v souladu s normami NLM je plně uznatelný a vykonatelný dle státního práva“.

483 Například v.: PICHRT, J., Alternativní způsoby řešení sporů v pracovněprávních vztazích – minulost, současnost a budoucnost, Právní rozhledy 21/2013, str. 725.

sporu, ať již opakováním výzev ke smírnému řešení věci, odkazem na mediaci, prodlevami v nařizování jednání ve věci samé či opakovaným zadáváním znaleckých posudků. Strany jsou v civilním řízení často nuceny postup ve věci ze strany soudu urgovat, hrozit soudům stížnostmi⁴⁸⁴, upozorňovat na hrozící bezdůvodné průtahy a možnou odpovědnost státu za takto způsobenou škodu⁴⁸⁵.

Odpovědí na tento stav může být kombinace opatření v procesní oblasti na úrovni státního práva, ale také větší specializace a automatizace právních služeb, justice celkově a sjednocování právní úpravy. V poslední době se hovoří také o robotizaci právních služeb v rámci tzv. průmyslové revoluce 4.0. Ta bude v následujících dekáдах klíčovým tématem práva. Ideou je zde potenciální využití umělé inteligence pro vyšší míru automatizace a zefektivnění poskytování právních služeb, ale také pro rozhodování sporů. Již v dnešní době přitom existují různé *online dispute resolution* platformy, které administrují zejména drobné spory spotřebitelského charakteru. Takový vývoj je nevyhnutelný a sleduje v podstatě kopíruje obecnou tendenci, která se v tomto ohledu prosazuje také v jiných oblastech ekonomiky, zejména v průmyslu. Některé u velkých globálních advokátních kanceláří již spolufinancují tvorbu aplikací, které mají za účel právní služby robotizovat.

Význam může mít tento vývoj samozřejmě také pro oblast NLM, resp. pro transnárodní právo jako takové. Výsledkem robotizace právních služeb nemůže být nic jiného než podobný způsob jejich výkonu napříč globální ekonomikou, tedy, i jejich větší míra globalizace a unifikace, která by se měla projevit také v oblasti obsahu rozhodné právní úpravy. Právo tedy zcela zřejmě stojí před další vývojovou fází, na kterou se musí adaptovat, ideálně vytvářením čím dále tím více jednotných regulatorních struktur; jednou z nich může být také právo transnárodní. Provedený výzkum sice existenci tohoto „*brave new world*“ nepotvrdil, je však třeba hodnotit pozitivně, že teorii globálního práva je věnována náležitá teoretická pozornost. Nyní by však měla následovat reflexe do právní praxe.

484Institut stížnosti dle ust. § 164 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

485Zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem.

SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY:

I. Monografie, komentáře a sborníky

1. AKSEN, G., BÖCKSTEIGEL, K.H., PATOCCHI, P.M., WHITESELL, A.M. (Eds.), *Arbitrability of Disputes, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, ICC Publishing S.A., 2005, ISBN 9284213541
2. ASCHENFELTER, O. C., *Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution*, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009, ISBN 1847203329
3. ASHFORD, P., *Handbook on International Commercial Arbitration*, JurisNet LLC, 2009, ISBN 1937518329
4. BECK, A., *Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht*, Festschrift Simonius, Basilej, 1955, ISBN 3511004578
5. BERGER, K.P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010, ISBN 90-411-1094-1.
6. BĚLOHLÁVEK, A., *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů*, 2. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, Praha 2012, ISBN 978-80-7179-342-7.
7. BICKLEY, F. B., *The Little Red Book of Bristol*, vol. 1, Henry Sotheran & Co., Londýn, 1900.
8. BŘÍZA, P., a kol., *Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář*, 1. vyd., C.H. Beck, Praha, 2014, ISBN 978-80-7400-528-2.

9. CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographies of Transnational and International Law, 2010, ISBN 1841139742.
10. CONNERTY, A., *Lex Mercatori: Is it relevant to international commercial arbitration?*, in: YILDIRIM/ESKIYÖRÜK (eds.), *International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria*, Istanbul 2014, str. 101 a násl., ISBN 9786051521336
11. DOBIÁŠ, P., a kol., *Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář*, Praha: Leges 2013, ISBN 978-80-87576-94-6.
12. DOBIÁŠ, P., a kol., *Recentní aspekty vnitrostátní a mezinárodní arbitráže*, Plzeň: Aleš Čeněk 2012, ISBN 978-80-7380-415-2.
13. EVANS, A., *La Pratica della Mercatura*, Medieval Academy Books, č. 24, 1936, dostupné z: www.medievalacademy.org
14. GERLOCH, A., *Teorie práva*, 3. vyd., Aleš Čeněk, Plzeň, 2004, ISBN 9788073800239.
15. GOODE, R., *Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary*, Oxford University Press, 2004, ISBN 0191632392
16. HART, H.L.A., *Pojem práva*, Prostor 2004, ISBN 80-7260-103-2.
17. HARTLEY, T., C., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2015, ISBN 9780521687485
18. HENDRYCH, D., BĚLINA, M., FIALA, J., ŠÁMAL, P., ŠTURMA, P.,

- ŠTENGLOVÁ, I., KARFÍKOVÁ, M. Právní slovník. 3.vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, ISBN 978-80-7400-059-1.
19. IPSEN, N., Ch., Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, Duncker & Humboldt, Berlin 2009, ISBN 3428129776.
20. KLEE, L., Smluvní podmínky FIDIC, Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, ISBN 978-80-7357-620-2.
21. KNAPP, V., Problém nacistické právní filosofie, Aleš Čeněk, Dobrá Voda, 2002, ISBN 80-86473-21-X.
22. KNAPP, V., Teorie práva, 1. vyd., Praha, C.H.Beck 1995, ISBN 9783406401770.
23. KRONKE, H., NACIMIENTO, P., OTTO, D., PORT, N., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010, ISBN 978-90-411-2356-5.
24. KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RUŽIČKA, K. et al., Mezinárodní právo soukromé, 8. vyd., Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, ISBN 978-80-7380-550-0.
25. LAVICKÝ, P., a kol., Občanský zákoník I. Obecná část, C.H.Beck, 2014, ISBN 9788074005299.
26. MAISNER, M., TRAPL, V., Řád rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR: Komentář, Praha, Wolters Kluwer, 2012, ISBN 978-80-7478-969-4.
27. MAKARIUS, V., Rozhodčí smlouvy v mezinárodním obchodě, Prevence, plánování a řízení sporu v mezinárodním obchodě, 1. vyd.: Praha C.H. Beck,

2015, ISBN 978-80-7400-295-3.

28. MATTLI, W., DIETZ, T., International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence, Oxford University Press, 2014, ISBN-13: 9780198716723.
29. MISTELIS, L., BREKOULAKIS, S. (Eds.), Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International BV, 2009, ISBN 9041127305.
30. NORTH, D. C., Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, ISBN 0-521-39734-0.
31. NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, 1. vyd., Praha C.H.Beck, 2012, ISBN 978-80-7400-376-9.
32. PAUKNEROVÁ, M., Evropské mezinárodní právo soukromé, 2. vyd., Praha: C.H.Beck, 2013, ISBN 978-80-7400-504-6.
33. PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. A kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha, Wolters Kluwer ČR, 2013, ISBN 978-80-7478-368-5.
34. PAVLÍČEK, V., Ústavní právo a státověda: Obecná státověda, 1. díl, Linde Praha 2004, ISBN 80-7201-472-2.
35. PEDEN, E., Good Faith in the Performance of Contracts, Chatwoods: LexisNexis Butterworths, 2012, ISBN 0409319155.
36. ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, ISBN 978-80-7478-004-2.

37. ROZEHNALOVÁ, N., Právo mezinárodního obchodu, 3. vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2010, ISBN 978-80-7357-562-5.
38. SOBEK, T., Právní myšlení: kritika moralismu, Praha: Ústav státu a práva, 2011, ISBN 978-80-87439-03-6.
39. SCHAFFER, P., Ed., Transnational Legal Ordering and State Change, Cambridge University Press, 2013, ISBN 978-1-107-43586-5.
40. ŠILHÁN, J., Náhrada škody v obchodních vztazích a možnosti její smluvní limitace, 2. vyd., C.H. Beck, 2011, ISBN 978-80-7400-393-6
41. ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J., Občanský zákoník: Komentář, 1.vyd., Wolters Kluwer ČR, Praha, 2014, ISBN 978-80-7478-369-2
42. TWEEDDALE, A., TWEEDDALE K., Arbitration of Commercial Disputes, Oxford University Press, 2005, ISBN 0-19-926540-2.
43. VOJTEK, P., Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci: Komentář, 3. vyd., C.H.Beck, 2012, ISBN 978-80-7400-427-8.
44. ZIMMERMANN, R., The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civil Tradition, Oxford University Press, New York, 1996, ISBN 90-6544-673-7.

II. Články

1. AVIRAM, A., A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems, Yale Law and Policy Review, vol. 22, Art. 2, 2004, dostupné z: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol22/iss1/2>

2. ARFAZADEH, H., Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited, *Arbitration International*, vol. 17., 2001, str. 73

3. AYOGLU, T., Some Reflections on the Sources of Lex Mercatoria, *International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria*, Istanbul 2014

4. BARRACLOUGH, A., WAINCYMER, J., Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, 2005, dostupné z: <http://law.unimelb.edu.au>

5. BARTOŠ, D., DOBIÁŠ, P., Skotský zákon o rozhodčím řízení z roku 2010 v porovnání s českou právní úpravou, *Jurisprudence*, č. 40, r. 2015.

6. BREKOULAKIS, S., Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori, *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 21/2009*, str. 100 a násl.

7. BERMAN, P., S., Global Legal Pluralism, *Southern California Review*, vol. 80, str. 1155, *Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 08-001*.

8. BERGER, K. P., Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion, in: van den Berg (ed.) *ICCA Congress ser no. 13, International Arbitration 2006: Back to basics?*

9. BĚLOHLÁVEK, A., Arbitrabilita v pracovněprávních vztazích, *Bulletin Advokacie*, 9/2007, str. 23

10. CALLIES, G. P., Lex Mercatoria, *ZenTra Working paper in transnational legal studies*, 52/2015, dostupné z: www.ssrn.com

11. CHAN, D., Singapore Apex Court Lays Down Clear Framework for

Arbitrability of Insolvency – Related Claims, Norton Rose Fulbright, 2011,
Kluwer Arbitration Blog

12. CONNERTY, A., Lex Mercatoria: Is it Relevant to International Commercial Arbitration?, Yildirim/Eskiyörük (eds.) International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria, Istanbul, 2014, str. 101 a násl., dostupné z: www.trans-lex.org
13. CORTE, C. G., Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement, *Transnational Legal Theory, Volume 3, Number 4, 2012, pp. 345-370.*
14. DASSER, F., Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic, dostupné z: www.homburger.ch
15. DAVIDSON, M., T., The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database, dostupné z: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/davidson.html>
16. DOBIÁŠ, P., Právní úprava rozhodčího řízení v německého civilním procesním řádu, *Obchodněprávní revue* 10/2015, str. 278.
17. DONAHUE, Ch., Medieval and Early Modern Lex Mercatoria, Attempt at the Probatio Diabolica, *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, no. 1, 2004
18. DRLIČKOVÁ, K., Aplikace úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží před rozhodci, *CPVP – Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, č. 3, str. 327

19. GAILLARD, E., The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 14/1999, str. 16 a násl.
20. GOLDSTAJN, A., The New Law Merchant Reconsidered, in: Festschrift Schmitthoff, Frankfurt, 1973, dostupné z: www.trans-lex.org
21. GORDON, J., Transnational Labor Citizenship, Southern California Law Review, vol. 80, p. 503, 2007, dostupné z: www.ssrn.com
22. GÜCER, S., Lex Mercatoria in International Arbitration, Ankara Bar Review, 2009, vol. 1, str. 30
23. HATZIMIHAİL, N., The Many Lives – and Faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, No. 3, pp. 169-190, 2008, dostupné z: www.ssrn.com
24. HERBER, R., „Lex mercatoria” und „Principles” – gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht. Internationales Handelsrecht, 2012, vol. 3(1) str. 1-10.
25. HIBER, D., PAVIC, V., Arbitration and Crime, Journal of International Arbitration, díl. 25(4), Kluwer Law International, 2008.
26. van HOEK, A., Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?, Erasmus Law Review, 2014, dostupné z: http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2014/3/ELR_2210-2671_2014_007_003_006
27. JANICIJEVIC, D., Delocalization in international commercial arbitration, Law and Politics, Niš, vol.3, N.1, 2005, str. 63-71

28. KADENS, E., The Myth of the Customary Law Merchant, Texas Law Review, díl 90., 2012, dostupné z: www.ssrn.com
29. KYSELOVSKÁ, T., Institut zrušení rozhodčího nálezu z pohledu ochrany spotřebitele a judikatury soudního dvora Evropské unie, Masarykova Univerzita, 2013, dostupné z informačního systému ASPI
30. KYZLINKOVÁ, Š., Intraunijní arbitráž: Veřejná podpora jako možný limit vykonatelnosti rozhodčího nálezu, Obchodněprávní revue 6/2016, str. 168.
31. LALIVE, P., Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Revue de l'arbitrage, no. 3, 1986, dostupné z: www.trans-lex.org
32. LANDO, O., The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in: Sarcevic (ed.), Essays on International Commercial Arbitration, Boston, London 1991, str. 129 a násl., dostupné z: www.trans-lex.org
33. LANDO, O., The Rules of European Contract Law, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN, 1999, kap. III, str. 127-136, dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lando2.html>
34. LANDO, O., CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law, in: American Journal of Comparative Law 53, Berkley 2005, dostupné z: www.trans-lex.org
35. LEHMAN, D., Transnational Law by Philip C. Jessup, Review, Yale University Press, New Haven, 1956, Louisiana Law Review, Vol. 18, No. 1, dostupné z:

<http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2569&context=lalrev>

36. LOWENFELD, A. F., Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, *Arb.Int'l* 1990, str. 133, dostupné z: www.trans-lex.org
37. MAZZACANO, P., The Lex Mercatoria as Autonomous Law, CLPE Research Paper 29/2008, vol. 04, no. 06, 2008, dostupné z: www.ssrn.com
38. MENDENHALL, A.P., Transnational Law: An Essay in Definition with a Polemic Addendum, 2011, Libertarian Alliance & Allen Mendenhall
39. MICHAELS, R., The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, 2007, dostupné z: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls>
40. MICHAELS, R. Legal Medievalism in Lex Mercatoria, *Texas Law Review*, vyd. 90, 2012, dostupné ze: www.ssrn.com
41. MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, *Arbitration International* 1988, str. 86, dostupné z: www.trans-lex.org
42. NOTTAGE, L., The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration, *Legal Studies Research Paper*, No. 06/51, 2006, dostupné z: www.ssrn.com
43. OREAGBUNAM, I., Enforcement of International Commercial Arbitral Awards based on Lex Mercatoria in Nigeria, *International Journal of Business Law & Law Research*, vol. 3, 2015
44. PAULSSON, J., Arbitration Without Privity, *ICSID Review: Foreign*

- Investment Law Journal, str. 256 a násl., dostupné z: http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf
45. PAVIC, V., Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, in: *INVESTMENT AND COMMERCIAL ARBITRATION - SIMILARITIES AND DIVERGENCES*, Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger and August Reinisch, eds., pp. 131-152, Eleven International Publishing, 2010, dostupné z: www.ssrn.com
46. PICHRT, J., Alternativní způsoby řešení sporů v pracovněprávních vztazích – minulost, současnost a budoucnost, *Právní rozhledy* 21/2013, str. 725.
47. PRYLES, M., Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 2008, dostupné z: http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/17_pryles_2008.pdf
48. ROZEHNALOVÁ, N., The End of Arbitration in Bohemia?, in: DRLÍČKOVÁ, K. (Eds.), *Cofola Int. 2015, Current Challenges to Resolution of International Cross-boarder Disputes*, Masarykova Univerzita Brno, 2015
49. RŮŽIČKA, K., Neaplikování „Římů“ v tuzemském rozhodčím řízení, *Právní fórum*, Wolters Kluwer, 10/2010, str. 497
50. SHEPARD, J., The Roles d'Oleron – A Lex Mercatoria of the Sea?, z: PIERGIOVANNI, V., *Lex Mercatoria to commercial law*, 2005, dostupné z: www.trans-lex.org
51. SCHMITTHOFF, C., Das neue Recht des Welthandels, 28 *RabelsZ* 1964, dostupné z: www.trans-lex.org

52. SYMEONIDES, S., C., Issue-by-Issue Analysis and Depecage in Choice of Law: Cause and Effect, The University of Toledo Law Review, vol. 45, 2013, dostupné z: www.ssrn.com
53. TAMANAHA, B.Z., Understanding Legal Pluralism, Past to present, Local to global, Sydney Law Review, Vol. 29, 2007, [St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0080](#), dostupné z: www.ssrn.com
54. TEUBNER, G., Global Bukowina: Legal Pluralismus in the World-Society, Global Law Without a State. Brookfield: Dartmouth 1997.
55. VÍTEK, B., Pluralita v právu, právo v pluralitě, Dny práva 2009, Masarykova univerzita, 1.vyd., 2009.
56. WALKER, J., Arbitrability: Are there Limits?, LCIA Symposium, 2004, Montreal, The Promise of International Commercial Arbitration, Working Paper, dostupné z: www.ssrn.com

III. Rozhodnutí státních, mezinárodních, evropských a rozhodčích soudů

1. Rozhodnutí Rozhodčího soudu ICC:

- č. 6248
- č. 2730
- č. 3916
- č. 5030
- č. 9593
- č. 6474
- č. 1512
- č. 7110
- č. 1110

- č. 9479
- č. 7979

2. Rozhodnutí ICSID

- č. ARB/05/15

3. Rozhodnutí a stanoviska Nejvyššího soudu ČR:

- NS 20 Cdo 476/2009
- 25 Cdo 2179/2015
- 23 Cdo 3150/2012
- 30 Co 30/2010
- 29 Cdo 2648/2013
- 32 Cdo 4815/2008
- 27 Cdo 356/2008-63
- Cdo 641/2005
- 29 ICdo 11/2014
- 29 Odo 1051/2004
- Cdo 3613/2009
- 29 Cdo 3309/2015
- 32 Cdo 4932/2009
- 29 Cdo 941/2011
- 33 Cdo 2675/2007
- 32 Cdo 4706/2010
- 32 Cdo 1034/2012
- 20 Cdo 676/2016
- Stanovisko Cpjf 27/86 ze dne 27.08.1987

4. Rozhodnutí Ústavního soudu ČR:

- IV. ÚS 174/02
- IV. ÚS 435/02
- III. ÚS 460/01
- I. ÚS 3227/07
- II. ÚS 249/97

5. Rozhodnutí vrchních soudů ČR:

- VS Praha: 5 Cmo 141/2008
- VS Praha: 2 Cmo 197/2015

6. Rozhodnutí rozhodčího soudu při HKČR:

- Rsp 212/12

7. Rozhodnutí cizích řádných soudů:

- US Supreme Court: Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 1985. Dostupné z: <https://supreme.justia.com>
- Singapurský apelační soud: Larsen Oil and Gas Pte Ltd vs. Petroprod Ltd, Dostupné z: <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/05/23/singapore-apex-court-lays-down-clear-framework-for-non-arbitrability-of-insolvency-related-claims/>
- Court of Appeal: Orion Compania Espanola De Seguros vs. Belfort Maatschappij Voor Alemagne Verzekringeen, 1962
- Court of Appeal: Home Insurance Co., and St.Paul Fire and Marine Insurance Co. v. Administration Asiguricor De Stat v r. 1983
- Court of Appeal: Eagle Star Insurance Company Ltd v Yuval Insurance Company Ltd [1977] EWCA Civ J0704-1, [1978] 1 Lloyd's Rep 357
- House of Lords: Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft vs. Ras Al Khaimah National Oil Co, 1988

- Rozhodnutí Madridského nejvyššího soudu č. 7/2015 z 6.4.2015, 13/2015 z 28.01.2015 a 31/2015 ze 14.4.2015

8. Rozhodnutí ESD:

- Sp.zn. C-381/98, Ingmar GB Ltd vs. Eaton Leonard Technologies Inc., ze dne 9.11.2000.
- Sp.zn. C-369/96 a C-376/96 (spojená řízení) Jean-Claude Arblade, Arblade and Fils SARL vs. Leloup, Sofrage SARL, ze dne 23.11.1999.
- Sp.zn. C-126/97 ze dne 01.06.1999 *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*
- Sp.zn. C-7/98 Judgment of the Court of 28 March 2000, Dieter Krombach v André Bamberski.
- Sp.zn. C-38/98 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 11 May 2000, Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento
- Sp.zn. C-394/07 Judgment of the Court (First Chamber) of 2 April 2009, Marco Gambazzi v DaimlerChrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company

IV. Internetové zdroje a ostatní prameny

1. ARAOUI, F., A., Confidentiality in Arbitration: encouraging the publication of awards, publikováno dne 24.03.2015 přes: www.linkedin.com, dostupné z: <https://www.linkedin.com/pulse/confidentiality-arbitration-encouraging-publication-awards-azfar>
2. KLUWER ARBITRATION BLOG: www.kluwerarbitrationblog.com
3. TRANS-LEX: www.trans-lex.org

4. UNIDROIT Principles of international commercial contracts, ed. 2010,
Dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>
5. BERGER, K.P., DUBBERSTEIN, H., LEHMANN, S., PETZOLD, V., The
CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International
Contract Law and Arbitration - Background, Procedure and Selected Results,
dostupné z: www.trans-lex.org
6. ELCIN, M., Lex Mercatoria in International Arbitration, Thesis submitted
for assessment with a view to obtain the degree of Doctor of Laws of the
European University Institute, Florencie, 2012, dostupné z: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/25204/2012_ELCIN_Vol1.pdf?sequence=1
7. ROZEHNALOVÁ, N., Nestátní právo před českými soudy, příspěvek,
dostupné z: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/rozehnalova>
8. SOLER-TAPPA, E., Madrid court sets aside awards on grounds of public
order after reviewing merits, dostupné z: www.hsfnotes.com
9. Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on
International Commercial Arbitration as amended in 2006, dostupné z: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
10. Informační systémy ASPI a Beck-Online

V. Normy státního práva:

- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
- Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
- Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
- Zákon č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích
- Zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem
- zákona č. 258/2016 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o spotřebitelském úvěru
- Zivilprozessordnung - ZPO (Německo)
- Arbitration Act 1996 (Velká Británie)

VI. Prameny mezinárodního práva:

- Ženevský protokol o doložkách o rozsudím z r. 1923 (č. 191/1931 Sb.)
- Ženevská úmluva o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků (č. 192/1931 Sb.),
- Newyorská úmluva o uznání a výkonu rozhodčích nálezů (č. 74/1959 Sb.),
- Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži (č. 176/1964 Sb.)
- Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, 1975
- Convention on Judicial Cooperation, 1983
- Convention on Commercial Arbitration, 1987
- Washingtonská úmluva o řešení sporů z investic - ICSID (Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., kterým se vyhláší Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států)

Resumé (CZ)

Práce se zabývá v obecné rovině aplikací transnárodního práva mezinárodního obchodu (*lex mercatoria*) v rozhodčím řízení, konkrétně pak limitem objektivní arbitrability, který státní právní úprava oblast *lex mercatoria* fakticky omezuje.

Význam práce spatřuji jak v teoretické, tak praktické rovině. Teoretickým problémem je zde obecné vymezení limitu transnárodního právního řádu ve vztahu ke státnímu (anebo národnímu) právu. Praktickým problémem je potom zodpovězení otázky, zda aplikace norem *lex mercatoria* nemůže vést k rozporu mezi pojetím objektivní arbitrability dle transnárodního a státního práva a v důsledku nebude mít negativní dopad do možnosti uznání a výkonu rozhodčího nálezu.

Prvním teoretickým problémem práce je zdůvodnění pojmu a významu existence *lex mercatoria* a ukotvení tohoto nejasného pojmu pro účely další práce s ním. Práce se tedy v druhé kapitole (následující po obecném úvodu) zabývá základním předpokladem pro existenci *lex mercatoria* jako alternativního právního řádu – pojmem právního pluralismu. Kapitola třetí se zabývá samotným pojmem *lex mercatoria* a chápe jej jako vrcholný projev pluralitní situace v právu. Dochází k závěru, že se jedná o relativně určitý pojem, který je v současné době již podpořen jak pracemi akademickými, tak zejména rozhodnutími rozhodčích, ale i státních soudů. Zároveň si však práce všímá významné kritiky fenoménu *lex mercatoria* a v odpovědi na ní přichází s praktickým „testem“ možných dopadů aplikace jejích převážně nestátních norem v rozhodčím řízení.

Nezpochybnitelný význam pro *lex mercatoria* má oblast mezinárodní obchodní arbitráže, a to z hlediska interpretace, normotvorby i aplikace nestátních právních norem. Základním předpokladem pro konání rozhodčího řízení je však vedle dohody stran také její dovolenost podle podmínek platného práva, tedy její arbitrabilita. Tím do oblasti *lex mercatoria* zasahuje také státní, mezinárodní a evropské právo a limituje jinak převažující princip smluvní autonomie. Je třeba konstatovat, že pojem arbitrability v podmínkách státního práva a *lex mercatoria* je značně odlišný; v pramenech *lex*

mercatoria nenacházíme žádný konkrétní limit co do otázky arbitrability – mnohé prameny dokonce odkazují na státní právo. Arbitrabilita je tak limitem „jednostranným“, a to z perspektivy práva státního.

Aby bylo možné hovořit v případě *lex mercatoria* o právu, musí se jednat o systém závazný (alespoň mezi stranami) a vymahatelný. Strany si musí být vědomy v době volby rozhodných norem možnosti svá práva uplatnit. Opačný případ by představoval zásadní zásah do právní jistoty stran. Jako transnárodní právní instrument zajišťující uznání a výkon rozhodčích nálezů je zde prezentována hodnotově neutrální NYÚ, která však ve svých důsledcích odkazuje na právní úpravu státu, ve kterém má uznání a výkon proběhnout. Ačkoliv tedy NYÚ samotná limit pro uplatnění rozhodnutí dle *lex mercatoria* nepředstavuje, v odkazu na státní úpravu narážíme zejména na limity procesního charakteru a zejména pak na limit veřejného pořádku.

Jakkoliv je institut výhrady veřejného pořádku v českém právu konstruován restriktivně, z předložené analýzy soudních rozhodnutí vyplývá, že býval často důvodem odepření uznání a výkonu jiných soudních rozhodnutí či nálezů, které se o normy *lex mercatoria* opíraly. Práce tak odhaluje základní slabinu konceptu *lex mercatoria*, která je vzhledem k důvodům vzniku transnárodního práva paradoxní, a to nejistotou stran smluvních vztahů ohledně možnosti rozhodčí nález řádně vykonat.

Řešením vzniklé situace může být jak doporučení volby práva státního, tak zejména posouzení podmínek pro uznání a výkon případně vydaného rozhodčího nálezu dle práva platného v místě uznání a výkonu. K řešení v dlouhodobém pohledu jistě přispěje i strukturovanější odborná debata o *lex mercatoria* a jeho širší uznání napříč právní obcí.

Závěr práce pojednává o zhodnocení v úvodu vyjmenovaných hypotéz. Autor volí záměrně spíše kontroverznější postoj k závěrečnému hodnocení, a to se zájmem posunout spekulativní aspekty dosavadního postoje právní vědy k *lex mercatoria* ke konkrétnějšímu pojetí. To považuje za základní předpoklad dalšího rozvoje tématu.

Klíčová slova:

Arbitrabilita (*Arbitrability*)

Nové Lex Mercatoria (*New Lex Mercatoria*)

Právní pluralismus (*Legal Pluralism*)

Rozhodčí řízení (*Arbitration*)

Transnárodní právo (*Transnational Law*)

Uznání a výkon (*Recognition and Enforcement*)

Summary (EN)

In general terms, the thesis deals with the application of the transnational law of international trade in the arbitral proceeding, specifically it describes the subject of objective arbitrability which sets the limit for the application of *lex mercatoria*.

The asset of the thesis flows both from its theoretical as well as practical aspects. The main theoretical issue here is the general description of the limit of transnational legal order when confronted with the state (or national) law. The main practical aspect here is how to solve the question whether the application of *lex mercatoria* could lead to the discrepancy between the conditions of objective arbitrability according to transnational and state law and thus could have a negative impact for the future recognition and enforcement of the arbitral award.

The first theoretical issue of the thesis is the justification of the concept and very existence of *lex mercatoria* and its embedding for the purposes of its further application. Therefore, the thesis deals in its chapter II (following the Introduction) with the basic prerequisite for the existence of *lex mercatoria* as an alternative legal order – with the topic of legal pluralism. The third chapter deals with the concept of *lex mercatoria* as such and understands it as a final demonstration of the ideas of legal pluralism. The thesis concludes that the concept of *lex mercatoria* in the present discussion is already relative specific which has been recently supported both academically as well as through some of the decisions of the arbitral and state courts. Considering this the thesis also evaluates a significant criticism of the *lex mercatoria* phenomena and in attempt to answer this it comes up with a practical “test” of the possible impacts of the application of the non-state legal norms in the arbitration proceedings.

The world of international commercial arbitration has an undisputable relevance for the *lex mercatoria*, especially with regard to the interpretation, creation and application of its norms. The basic prerequisite for the arbitration lies besides the consent of the parties of the dispute also in the area of objective arbitrability of the dispute. This is the moment of interference of the state law, international law and European law into the

realm of *lex mercatoria*, otherwise governed mainly by the principle of party autonomy. The subject of arbitrability in the conditions of transnational and state law differs significantly while we can find no specific limit of the arbitrability in the *lex mercatoria* – many of its norms simply refer the conditions of the national law. The arbitrability therefore represents only a one-sided limit based on the national law perspective.

In order to comprehend the *law mercatoria* as a legal order it has to be a system of binding (at least between the parties) and enforceable rules. The parties have to at the time of choice of such norms aware of the impact of this choice and of the possibilities of their enforcement. The opposite would mean a significant interference to the legal certainty of the parties. The New York Convention – neutral in its values - is hereby presented as a transnational legal instrument which provides the possibility to recognize and enforce of the foreign arbitral awards. The application of the Convention however leads in its consequences to the application of the legal norms of the state of the enforcement. The Convention, although transnational in its nature and not excluding the choice of *lex mercatoria* rules, recognizes some limits of procedural nature of the state of enforcement as well as the limit of the public order.

Although the concept of reservation of the public order is constructed restrictively in the Czech legal order, from the performed analysis of the decisions of national courts as well as the arbitral tribunals flows the conclusion, that the clash with the public order is relatively common reason both refusal of recognition and enforcement of the award (or judicial decision) which is based on *lex mercatoria* rules. The thesis hereby points out a basic weakness of the *lex mercatoria* concept which seems paradoxical when we consider the reasons for establishment of the whole concept of transnational law at the first place, specifically the uncertainty of the contracting parties regarding the possible enforcement of the award.

The solution of the situation might be a recommendation to choose a state law or to assess the particular conditions of the law applicable for the recognition and enforcement. A significant asset to solve the dilemma might offer a more structured discussion about *lex mercatoria* and its wider recognition among legal experts.

The final part of the thesis evaluates the assumptions (hypothesis) from the introduction of the thesis. The author chooses intentionally rather controversial approach to the final evaluation with intention to present the speculative aspects of the up-to-date discussion about lex mercatoria to more fixed and defined conception. Such more structured debate is considered a basic prerequisite for further development of the topic.